

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DO CURSO DE DIREITO

ELIFÂNIA PEREIRA LIMA DE OLIVEIRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS FRENTE
AO USO DO CARTÃO BANCÁRIO E DA SENHA PESSOAL

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA

CACOAL/RO

2016

ELIFÂNIA PEREIRA LIMA DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS FRENTE
AO USO DO CARTÃO BANCÁRIO E DA SENHA PESSOAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para grau final de bacharel em Direito elaborada sob a orientação do Professor Mestre Gilson Miyakava.

CACOAL/RO

2016

O48r	<p>Oliveira, Elifânia Pereira Lima de.</p> <p>A responsabilidade civil das instituições bancárias frente ao uso do cartão bancário e da senha pessoal/ Elifânia Pereira Lima de Oliveira – Cacoal/RO: UNIR, 2015.</p> <p>63 f.</p> <p>Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal. Orientador: Prof. Me. Gilson Tetsuo Miyakava.</p> <p>1. Direito civil. 2. Responsabilidade civil bancária. 3. Senha pessoal. 4. Cartão bancário. I. Miyakava, Gilson Tetsuo. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.</p> <p>CDU – 347</p>
------	--

Catlogação na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

ELIFÂNIA PEREIRA LIMA DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS FRENTE
AO USO DO CARTÃO BANCÁRIO E DA SENHA PESSOAL**

Esta monografia foi julgada aprovada para obtenção do grau de **Bacharel em Direito** pela Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* de Cacoal, mediante apresentação à Banca Examinadora, formada por:

Professor M.e Gilson Miyakava – UNIR - Presidente

Professor M.e – UNIR - Membro

Professor M.e – UNIR - Membro

Cacoal/RO, ____ de _____ de 2016.

Dedico este trabalho à minha família, em especial ao meu esposo, Elizeu de Oliveira, que me deu apoio incondicional, incentivando e socorrendo-me nas horas difíceis, também à minha mãe, mulher guerreira, minha heroína, meu exemplo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à Deus, a quem devo minha existência, minha inspiração e todo o mérito de minhas realizações.

Ao meu querido e incentivador esposo Elizeu de Oliveira e minha amada filha Paula que me apoiaram dia após dia, desde o início deste projeto até o final.

À minha família, a quem, por vezes precisei de auxílio pessoal, especialmente minha querida mãe e meu pai (in memoriam), meu amor e gratidão pelo apoio e ensinamentos.

Aos meus amigos e todos aqueles que suportaram com paciência as minhas ausências no desenrolar deste trabalho.

Ao meu orientador, o Professor Mestre Gilson Miyakava, que, ajudou-me com sua sabedoria a compreender e a traçar o rumo deste trabalho, desde o princípio.

Em fim, minha gratidão a todos os mestres que, de alguma forma, contribuíram com minha formação acadêmica.

“A justiça pode irritar porque é precária. A verdade não se impacienta porque é eterna”.

Rui Barbosa

RESUMO

O instituto da Responsabilidade Civil tem sido com a evolução da sociedade objeto de grandes discussões e questionamentos. Aliado a grande relevância que os bancos têm representado, bem como, a dependência cada vez maior das pessoas aos seus serviços, é que surge o tema da Responsabilidade civil das instituições bancárias. As instituições bancárias disponibilizam aos seus clientes o cartão bancário que permite o cadastramento da senha pessoal para movimentações e transações financeiras. Apesar do aumento considerável no número de cartões emitidos a cada ano, em detrimento até mesmo do número de cheques emitidos, pouco ou quase nada tem sido juridicamente disciplinado em relação ao assunto. O Judiciário tem a cada dia recebido uma grande demanda de casos envolvendo as instituições bancárias, especialmente no uso do cartão e senha. Na falta de regramento específico os casos têm sido pacificados mediante doutrina e jurisprudência, casos há em que se fala em dever de segurança, incorrendo a instituição financeira em responsabilidade civil objetiva, outros, em que há o dever de guarda por parte do correntista. Desta forma, este trabalho se propõe a analisar os casos mais recorrentes de responsabilidade civil bancária envolvendo o uso de cartão e senha e as suas respectivas soluções segundo a visão doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Bancária, Cartão Bancário, Senha Pessoal, Dever de Segurança, Dever de Guarda.

ABSTRACT

The Civil Liability of the institute has been with the evolution of society object of great discussions and questions. Ally the great importance that banks have represented, as well as the increasing dependence of people to its services, it appears that the issue of civil liability of banks. The banks offer their customers the bank card that allows the registration of the personal password to movements and financial transactions. Despite the considerable increase in the number of cards issued each year, even at the expense of the number of issued checks, little or nothing has been legally disciplined in the matter. The judiciary has every day received a great demand for cases involving banking institutions, especially in the use of the card and password. In the absence of specific ruling cases have been pacified by doctrine and jurisprudence, there are cases where it comes to security duty, incurring financial institution objective liability, other, where there is a duty to guard by the account holder. Thus, this study aims to analyze the most recurrent cases of bank liability involving the use of card and password and their solutions according to the doctrinal and jurisprudential view.

Keywords: Civil Liability Bank, Bank Card, Personal Password, Security Duty, Duty Guard.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.1 CONCEITO	12
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	13
1.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
1.3.1 Conduta Humana	16
1.3.2 Dano ou Prejuízo	17
1.3.3 Nexo de Causalidade	18
1.3.4 Culpa.....	20
1.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	21
1.4.1 Subjetiva e Objetiva	21
1.4.2 Contratual e Extracontratual	23
1.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	24
2 RESPONSABILIDADE CIVIL BANCÁRIA	27
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS	27
2.1.1 Cartão bancário	30
2.1.2 Senha Pessoal	31
2.2 A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS ATIVIDADES BANCÁRIAS	32
2.2.1 A Aplicação da Responsabilidade Civil Objetiva	35
2.2.2 Ônus da prova nas relações bancárias.....	37
3 DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA RELACIONADA AO USO DO CARTÃO E SENHA - SITUAÇÕES RECORRENTES DE ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL	40
3.1 VIOLAÇÃO DO SISTEMA ELETRÔNICO/FRAUDE	40
3.2 SEQUESTRO RELÂMPAGO DE CLIENTE FORA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA	45

3.3 PERDA DO CARTÃO BANCÁRIO E FORNECIMENTO DE SENHA A TERCEIROS	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	58
OBRAS CONSULTADAS	62

INTRODUÇÃO

O Instituto da Responsabilidade Civil tem conquistado inegável importância prática e teórica. A Responsabilidade surge em busca de restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado.

No campo da Responsabilização Civil, a dos bancos e instituições financeiras, devido a sua abrangência, vem conquistando um espaço de relevância.

A dependência do cidadão das instituições bancárias é cada vez maior. Em uma sociedade globalizada é praticamente impossível realizar qualquer atividade financeira, sem os serviços bancários.

Pois bem, observa-se que os bancos e instituições financeiras têm procurado modernizar-se e desenvolver sistemas mais eficazes a fim de atender o aumento constante da clientela. Entretanto, os avanços tecnológicos não tem conseguido solucionar o grande número de conflitos advindos da relação cliente/banco, entre outras, desencadeando assim, uma quantidade cada vez maior de litígios, a fim de que o judiciário resolva.

Não há uma legislação específica sobre a responsabilidade civil bancária. A organização bancária é regulada pela lei n. 4.595/64, por instruções, circulares e resoluções do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, ficando assim, a cargo de outros diplomas legais, como comercial, civil e do consumidor tentar solucionar os conflitos, que na realidade são pacificados pela jurisprudência.

Justifica-se o tema abordado, pois na responsabilidade Civil relacionada à atividade bancária verifica-se a atenção da doutrina para alguns temas mais específicos como a do cheque, cofre de aluguel e cartão de crédito. Entretanto quanto ao uso do cartão e da senha pouco se menciona, não se atentando que, praticamente todas as operações bancárias envolvem o uso do cartão e senha ou somente da senha, ou seja, são elementos de extrema importância.

Desta forma, este trabalho delimita-se a discussão da responsabilidade bancária quando ocorre a perda do cartão, ou a senha é passada a terceiros, igualmente quando há ocorrência de fraudes e violação do sistema eletrônico, bem como no caso de sequestro e o uso do cartão.

O método de estudo abordado será o dedutivo, pois buscará respostas, a partir de uma generalidade para uma questão particularizada. Segundo Lakatos e Marconi (2007, p. 25), este método “Caracteriza-se pelo emprego de cadeias de raciocínio. Pode utilizar resultados de experiências, expresso em termos de relação. É dedutivo o raciocínio que parte do geral para chegar ao particular, ou seja, do universal ao singular.”

Em relação à técnica utilizada, tem-se a pesquisa bibliográfica, que Lakatos e Marconi (2007) afirmam que abrange toda a bibliografia já publicada em torno do assunto, mas é mais do que mera repetição das opiniões, pois permite o exame do tema sob um novo enfoque, chegando a conclusões novas, permitindo uma nova abordagem ou extensão do conceito já cristalizado.

Assim, é neste contexto, que este projeto tem como objetivo geral avaliar a responsabilidade civil bancária, em relação ao uso do cartão e da senha de uso bancário, analisando especificamente no primeiro capítulo a teoria geral da responsabilidade civil, discorrendo sobre o conceito, a evolução histórica e tratando dos elementos constitutivos deste instituto, bem como das espécies e excludentes da responsabilidade civil.

No segundo capítulo abordará a responsabilidade civil bancária e suas implicações através de breves considerações sobre as instituições bancárias, o cartão bancário e a senha pessoal. Discorrerá também sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas atividades bancárias, a aplicação da responsabilidade civil objetiva e o ônus da prova nas relações bancárias.

Para concluir, este projeto trará a análise dos casos mais recorrentes de aplicação da responsabilidade no uso do cartão e da senha bancária, observando as legislações pertinentes e a jurisprudência, com o propósito de compreender de forma mais profunda o tema em análise.

1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional. A responsabilidade surge a fim de reparar um dano ou prejuízo causado a outrem, em razão de uma ação ou omissão.

Os Tribunais têm se deparado com questões envolvendo o tema sobre a responsabilidade Civil, sendo objeto de estudo pelos doutrinadores.

Inicialmente reservada aos interesses privados, a responsabilidade Civil foi ganhando espaço e seus domínios tem se ampliado à medida que a sociedade evolui.

A responsabilidade Civil, além de estar presente ao longo do Código Civil de 2002, encontra-se também na maioria dos diplomas do direito positivo, o conteúdo de suas normas corresponde às obrigações decorrentes da conduta da pessoa. Segundo Rizzardo (2007, p. 27) “pode-se dizer sem temor que em cada ramo do direito está inerente considerável parcela tratando da responsabilidade”.

Entretanto, apesar da extensão e repercussão deste instituto, com as transformações científicas e tecnológicas, bem como o dinamismo na sociedade, surgem novos desdobramentos que precisam ser verificados a luz da doutrina e jurisprudência, a fim de se obter a pacificação. Surge assim, a importância de estudar mais detalhadamente o assunto, o que se verá nos próximos tópicos.

1.1 CONCEITO

A responsabilidade analisada de forma mais ampla, se subdivide em moral e jurídica. A responsabilidade moral segundo Gonçalves (2010, p. 20) “é confinada a consciência ou ao pecado, e não se exterioriza socialmente, não tem repercussão na ordem jurídica”.

A responsabilidade civil é uma das espécies da responsabilidade jurídica, ao lado da penal, tributária, administrativa, entre outras.

A princípio é importante esclarecer que a responsabilidade civil surge com a transgressão de uma norma jurídica que já existe, com a consequente imposição àquele que causou o dano do dever de indenizar. A compreensão jurídica da responsabilidade esta ligada a noção de não prejudicar o outro. O motivo gerador e principal é o interesse em restaurar o equilíbrio, ou seja, a responsabilidade civil busca colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.

Assim, segundo Gagliano e Filho (2012, p.54) responsabilidade civil, “pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)”.

Gonçalves (2010, p. 24) afirma que “responsabilidade civil é assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Para Ulhôa (2012, p. 350):

Responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento da indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência do ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva.

Ao tratar da etimologia do termo “responsabilidade”, Maria Helena Diniz (*apud* SANTOS, 2012) assegura que deriva do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, o qual correspondia à antiga obrigação contratual do direito quiritário romano, pela qual o devedor se acoplava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta (*Spondesne mihi dare centum? Spondeo*; ou seja, prometes me dar um cento? Prometo). A responsabilidade civil passou a ser relacionada, desde então, à questão de se responder por alguma coisa.

A forma como é vista o tema sobre a responsabilidade civil nem sempre foi a mesma, ao longo da história passou por vários processos, que vão desde a vingança pessoal à definição que temos hoje, por isso, a necessidade de conhecer como foi esta evolução histórica.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

De forma sintetizada, pode-se dizer que a responsabilidade em sua fase inicial está relacionada à vingança privada. A vítima do dano podia pelo próprio arbítrio fazer aquilo que considerava justo, no que não era reprimida. A busca da reparação ficava entregue ao lesado. Segundo Rizzardo (2007, p. 33):

(...) Nos primórdios das civilizações, tinha-se em conta apenas o mal praticado, pouco relevando o caráter da voluntariedade, ou da culpa, das ações prejudiciais ou ofensivas. A reação era imediata, sem maiores indagações na equivalência entre o mal e a penalização.

Posteriormente, “chegou-se à lei de talião, do ‘olho por olho, dente por dente’, evoluindo-se para o ressarcimento ou composição, Gagliano e Filho (2012, p.55) faz uma diferenciação entre esses dois momentos, ao lecionar que “Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens”.

Na mesma linha de pensamento, observa Lima (*apud*, GAGLIANO; PAMPLONA, FILHO 2012, p. 55):

Este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares.

Observe-se que conforme Rizzardo (2007, p. 33), “este sistema da Lei das XII Tábuas, remanesce até hoje, em certas regiões de origem islâmica, onde se preveem diferentes penas corporais para os delitos de furto, de estupro, de morte, de lesões”.

No final do século III, surge a Lei Aquilina, considerada como marco na evolução histórica, que deu nome a nova designação de responsabilidade civil delitual ou extracontratual. Não revogou totalmente a legislação anterior, mas observou a substituição de multas fixas, por uma pena proporcional ao dano causado. Desta forma, Gonçalves (2010, p. 25) ao tratar do assunto leciona:

É na Lei Aquilia que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico.

A responsabilidade fundada na culpa evoluiu sob a influência cristã, ao mesmo tempo em que foram sendo abandonadas as situações de composição obrigatória e as indenizações tarifadas. Consolidou-se a reparação sempre que existisse a culpa, ainda que em grau leve.

Ao tempo do Código de Napoleão, ficou destacada a responsabilidade civil da penal, a contratual da extracontratual, com inserções de regras específicas. Este influenciou diversas legislações no mundo, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916.

A Revolução industrial trouxe o aprofundamento e a expansão da teoria da responsabilidade objetiva, diante do quadro de injustiças sociais e exploração do homem, com

o objetivo de atenuar os males decorrentes do trabalho e dar maior proteção às vítimas. Desenvolveu-se, sobretudo na França, com expoentes como Saleilles, Josserand, Ripert, Demogue, Savatier, Mazeaud e Mazeaud. No Brasil seus defensores foram Clóvis Beviláqua, Alvino Lima, Augustinho Alvim, José de Aguiar Dias, Orlando Gomes e San Tiago Dantas.

No Brasil, o Código Criminal de 1830, surgiu em atendimento às determinações da Constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal, entre suas exigências, previa a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros. A princípio, a reparação era condicionada à condenação criminal, posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal.

O Código Civil de 1916 que teve um processo legislativo longo, de mais de 17 anos, filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Em alguns poucos casos, porém, presumia a culpa do lesante (arts. 1.527, 1.528, 1.529, dentre outros).

Com a evolução histórica, o surto do progresso, o desenvolvimento industrial e tecnológico, é promulgado o novo Código Civil, em 2002, que contempla a proteção com base na culpa e no desempenho da atividade de risco. Traz consigo toda a base da responsabilidade subjetiva e destaca a responsabilidade objetiva em vários dispositivos.

A responsabilidade objetiva ganha destaque também em vários diplomas legais específicos, tamanha a sua importância na atualidade. Desta forma, serão adiante trabalhados os elementos de grande relevância para constituição da responsabilidade civil, suas espécies e excludentes.

1.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para se compreender quais são os elementos constitutivos da responsabilidade civil, é importante compreender que o artigo 186 do Código Civil, base fundamental da responsabilidade civil, consagradora do princípio de que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem, diz que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Por este artigo entende-se que, ao se contrariar o ordenamento jurídico, lesando o direito subjetivo de alguém nasce a obrigação de reparar o dano. Assim podem-se extrair os

seguintes elementos constitutivos da responsabilidade civil: a conduta humana (positiva ou negativa) o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.

1.3.1 A Conduta Humana

A conduta Humana pode ser conceituada como o comportamento do homem movido pela vontade (voluntariedade humana), positivo (comissivo) ou negativo (omissivo) causador de um dano a outrem. Originária do latim *conductere*, significa conduzir.

Maria Helena Diniz conceitua de forma ampla a conduta, incluindo a responsabilidade civil indireta por ato de terceiro ou fato de animal e da coisa, como:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (DINIZ, 2005, p. 43).

Importante ressaltar, que a conduta humana, há de ser voluntária, se alguém praticar um ato desprovido de vontade – sonambulismo, hipnose – não há de se falar em responsabilização. Entretanto, há que se diferenciar que a voluntariedade é na conduta, e não no seu resultado, o que é exigido para configuração do dolo. Em relação à voluntariedade, afirma Gagliano e Filho (2012, p. 79):

(...) voluntariedade, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

Na conduta comissiva tem-se a prática de um comportamento ativo, positivo, pode ser classificada como própria ou imprópria.

Na omissão, para que seja juridicamente relevante, deve ser praticada por quem tinha um dever jurídico de agir, evitando a produção de um determinado resultado, a exemplo do médico que não presta os primeiros socorros, a enfermeira que não ministra os medicamentos nos horários devidos.

A conduta omissiva própria, é o não agir quando, com segurança, se poderia agir, para evitar um dano alheio. A omissão de socorro é um exemplo clássico.

1.3.2 Dano ou Prejuízo

O dano ou prejuízo para Gagliano e Filho (2012, p. 88) consiste na lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou extrapatrimonial, causado pela ação ou omissão do sujeito infrator. É requisito indispensável para caracterização da responsabilidade, sem a sua ocorrência não existe a obrigação de indenizar. Para Sérgio Cavalieri Filho (*apud*, GAGLIANO, 2012, p.88):

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Os requisitos para que o dano seja indenizável, segundo a doutrina e a jurisprudência, são a violação de um interesse patrimonial e/ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, certeza do dano, subsistência do dano, nexo causal direto e imediato entre prejuízos e conduta humana lesante. Autores, entretanto, como Pablo Stolze não considera este último elemento.

No estudo do artigo 186, do Código Civil, verifica-se que o dano pode ser patrimonial ou moral.

O dano patrimonial consiste naquele em que há uma lesão aos bens e direitos economicamente mensuráveis de seu titular, já o moral é o prejuízo ou lesão de direitos desprovidos de conteúdo pecuniário e valor econômico essencial, na definição de Silva (*apud*, RIZZARDO, 2007, p.18):

Danos morais são as lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

O dano patrimonial se divide em dano emergente, correspondente ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, o que ela perdeu, e lucros cessantes correspondente àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, o que ela não ganhou.

1.3.3 Nexo de Causalidade

Nas palavras de Gonçalves (2010, p. 54) “é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado”, ou seja, é o liame entre a conduta e o dano, de modo que um seja consequência do outro.

Para compreensão do nexa de causalidade, é importante conhecer algumas teorias sobre o assunto. A três principais são: a teoria da equivalência de condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria dos danos diretos e imediatos.

A teoria da equivalência das condições, também chamada de teoria da equivalência dos antecedentes, ou ainda, *conditio sine qua non*, considera que toda e qualquer circunstância que tenha concorrido para a produção do dano é considerada como causa. Esta, segundo a maioria da doutrina, é a teoria adotada pelo código penal brasileiro pela interpretação que se depreende o artigo 13 do Código Penal Brasileiro, que estabelece “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável, a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Alvo de inúmeras críticas, essa teoria pode levar a uma regressão infinita. Tepedino (*apud*, GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.153) entende que caso essa teoria fosse aplicada, a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade: “a inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes”.

Na teoria da causalidade adequada compreende-se que haverá nexa causal quando, pela ordem natural das coisas, a conduta do agente poderia adequadamente produzir o nexa causal. Isto é, quando várias condições concorrerem para a ocorrência de um mesmo resultado, a causa será a condição mais determinante para a produção do efeito danoso, desconsiderando-se as demais.

Assim, Cavalieri (*apud*, GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.154) entende que, “causa, para ela, é o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento”.

Na teoria da causalidade direta ou imediata, que também pode ser chamada de teoria da interrupção do nexa causal, a causa pode ser classificada como apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse esse ultimo como uma consequência sua, direta e imediata.

Após a apresentação das teorias, é importante ressaltar que existem certas divergências doutrinárias acerca da teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro de 2002. Parte da doutrina, onde merecem destaque autores como Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Sole Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, defendem que a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro é a teoria da causalidade direta ou imediata. A fundamentação para eles está contida no artigo 403 do Código Civil, que estabelece “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo no disposto na lei processual”.

Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 351) é enfático ao afirmar que:

Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das varias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária.

Segundo Stolze (2012), considerável parte da doutrina, a exemplo de Sergio Cavaliere Filho, Aguiar Dias e Caio Mário, considera a teoria da causalidade a que prevalece no âmbito civil.

Outro ponto importante a ser observado neste tópico sobre o nexo causal são as causas concorrentes, que conforme Stolze:

Quando a atuação da vítima também favorece a ocorrência do dano, somando-se ao comportamento causal do agente, fala-se em “concorrência de causas ou de culpas”, caso em que a indenização deverá ser reduzida, na proporção da contribuição da vítima (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.159).

O Código Civil de 2002 adotou expressamente a culpa concorrente como de quantificação da proporcionalidade da indenização, conforme se verifica do seu artigo 945, *in verbis*: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Uma observação de relevância, entretanto, se impõe. Conforme expõe Gagliano e Filho (2012, p. 160):

“No campo do Direito do Consumidor, a teoria da concorrência de causas não tem essa mesma amplitude. Isso porque, nos termos do art. 12, § 3.º, da Lei n. 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), somente a culpa exclusiva da vítima tem o condão de interferir na responsabilidade civil do fornecedor, excluindo-a. Em outras palavras, a culpa simplesmente concorrente (de ambos os sujeitos da relação

jurídica), por não haver sido prevista pela lei, não exime o fornecedor de produto ou serviço de indenizar integralmente o consumidor”.

Desta forma, aquele que se enquadra como fornecedor terá que provar a culpa exclusiva da vítima, se quiser excluir sua responsabilidade, ao contrário terá que indenizar integralmente o consumidor que foi lesado, mesmo que este concorreu para o evento danoso.

1.3.4 Culpa

A identificação da culpa como elemento constitutivo da responsabilidade civil, não é entendimento pacífico. Parte da doutrina, com destaque para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona entende que:

A culpa (em sentido *lato*, abrangendo o dolo) não é pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.74).

Na visão destes autores falta a generalidade para a culpa ser pressuposto da responsabilidade civil. Segundo eles, são elementos essenciais da responsabilidade apenas a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.

Já para Gonçalves (2010, p. 53), na análise que faz do artigo 186 do código civil, Já citado, apresenta que “quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima”.

A definição de culpa, segundo Rizzardo (2007, p. 3) não é fácil, pois os maiores mestres temem um conceito, ele assim define “pode considerar a culpa no sentido estrito como aquela que marca a conduta imprudente ou negligente; e no sentido *lato*, verificada na prática consciente e deliberada de um ato prejudicial e antissocial, configurando então o dolo”.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 35):

O art. 186 do Código Civil pressupõe sempre a existência de culpa *lato sensu*, que abrange o dolo (pleno conhecimento do mal e perfeita intenção de praticá-lo), e a culpa *stricto sensu* ou aquiliana (violação de um dever que o agente podia conhecer e observar, segundo os padrões de comportamento médio).

A culpa não é presumida, mas deve ser apurada no exame de cada caso concreto, partindo do pressuposto exigível ao homem médio.

Diante da breve explanação do presente título, faz-se necessário abordar ainda as espécies de responsabilidade civil, que segundo Gonçalves (2010, p.48), “conforme o fundamento que se de a responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de se reparar o dano”.

1.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é na sua essência um conceito uno e que implica na obrigação de se reparar um dano ou prejuízo sofrido por alguém. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva.

É importante, porém, em função de algumas peculiaridades dogmáticas, estabelecer uma classificação sistemática, tomando por base, num primeiro momento a questão da culpa em que a responsabilidade civil pode ser classificada em subjetiva ou objetiva, e a partir da natureza da norma jurídica violada, pode ser classificada em contratual e extracontratual.

1.4.1 Subjetiva e Objetiva

A diferenciação entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva é de fundamental importância para a compreensão do tema estudado. A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa— *unuscuque sua culpa nocet*. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu. Para Gonçalves (2010, p. 48):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Em relação à teoria objetiva, surge nos meados do século XIX, um movimento jurídico contrário à fundamentação subjetiva da responsabilidade. Observou-se que a culpa não abarcava os numerosos casos que exigia reparação. Foi a origem da teoria objetiva, que de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.48):

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é

legal ou "objetiva", porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

A responsabilidade subjetiva está presente em nosso ordenamento jurídico, assim como a objetiva. Observa-se expressamente a teoria objetiva, em alguns dispositivos do código Civil, como o parágrafo único do art. 927, que trata da obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em diversas leis esparsas, a tese da responsabilidade objetiva foi sancionada: Lei de Acidentes do Trabalho, Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n. 6.453/77 (que estabelece a responsabilidade do operador de instalação nuclear), Decreto legislativo n. 2.681, de 1912 (que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro), Lei n. 6.938/81 (que trata dos danos causados ao meio ambiente), Código de Defesa do Consumidor, que inclusive reconhece a atividade bancária como consumerista e outras.

Stolze na análise da responsabilidade subjetiva e objetiva compreende que:

Assim, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado a ser identificado no caso concreto, pela atuação judicial), *ex vi* do disposto no art. 927, parágrafo único. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.75).

Na realidade, ambas as teorias se completam, uma não dispensa a outra, na visão de Miguel Reale (*apud* GONÇALVES, 2010 p. 51):

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.

Como bem frisado por Reale, a implicação da responsabilidade subjetiva e objetiva, não é uma questão de escolha, mas de análise de cada situação. Havendo conduta culposa do agente, nexo causal e dano expresso na situação de “violar direito ou causar dano a outrem”, caracterizará a responsabilidade subjetiva. Já na responsabilidade objetiva, haverá a

necessidade de reparação independentemente de culpa, nos casos especificados em lei e quando houver atividade de risco por os direitos de outrem.

1.4.2 Contratual e Extracontratual

Na classificação da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, leva-se em conta a natureza da norma violada pelo agente causador do dano. Portanto, para Stolze:

Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual, (...). Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.62).

Para Ulhôa (2012, p. 47) “A doutrina tradicionalmente divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual”. No primeiro caso, há contrato entre o credor e o devedor da obrigação de indenizar; no segundo, não.

O código Civil de 2002 trata tanto da responsabilidade contratual, como da extracontratual, Rizzardo (2007, p. 42), cita que “os artigos 186, 187, 927, 932, dentre outros, disciplinam a responsabilidade extracontratual, enquanto os artigos 389 a 400 são dirigidos mais a disciplinar as relações contratuais”.

Na visão de Gagliano e Filho (2012, p.64), há diferenças entre as duas formas de responsabilidade, ele aponta três elementos diferenciadores como, a necessária preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante, o ônus da prova quanto à culpa, e a diferença quanto à capacidade.

Com efeito, para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na culpa aquiliana, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.

Também ao tratar da responsabilidade contratual e extracontratual, a Gomes (*apud* BRITO, 2014), entende que as responsabilidades contratual e extracontratual se distinguem quanto à obrigação de indenizar, da seguinte forma: (I) do inadimplemento de obrigação

negocial ou “*ex lege*” e (II) da lesão de direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica.

Para o autor, na primeira hipótese, diz-se que a responsabilidade é contratual; na segunda, extracontratual ou delitual. Nas duas, o Diploma Civil confere ao agente do dano o dever, tendo por finalidade a prestação da indenização.

O assunto não se esgota por aqui, entretanto faz-se necessário apresentar as hipóteses em que a responsabilidade pode ser excluída, o que se verá no próximo tópico.

1.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Após a verificação dos principais pontos sobre a teoria geral da responsabilidade civil, para finalizar, cabe a análise das causas excludentes da responsabilidade. A matéria nesse ponto a ser tratada é de grande relevância prática, vez que ao ser proposta uma ação indenizatória, será arguida como matéria de defesa pelo réu.

Nas causas excludentes busca-se o rompimento do nexo causal, interrompendo e não configurando a responsabilidade. Stolze (2012, p. 171) define que “nas causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória”. Desta forma, entende ele estabelecer uma regra de sistematização para todas as responsabilidades.

As excludentes podem ser elencadas como estado de necessidade, legítima defesa, Exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, Caso fortuito e força maior, Culpa exclusiva da vítima e Fato de terceiro.

O estado de necessidade encontra amparo legal no artigo 188, inciso II do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I — os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II — a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (grifo nosso)

Compreende-se a partir do artigo de lei, que consiste na situação de agressão, a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior aquele que se quer preservar, visando a

remoção de um perigo atual ou iminente. Um exemplo utilizado para esclarecer essa excludente é o caso do sujeito que desvia o seu carro de uma criança, para não atropelá-la, e atinge o muro da casa, causando danos materiais. Atuou nesse caso, em estado de necessidade.

Também abordada no artigo já mencionado, a legítima defesa, segundo Stolze (2012, p. 174) “diferentemente do estado de necessidade, na legítima defesa o indivíduo encontra-se diante de uma situação atual ou iminente de injusta agressão, dirigida a si ou a terceiro, que não é obrigado a suportar”.

Nos termos do artigo 929 e 930 do código Civil de 2002, atuando o agente em estado de necessidade ou legítima defesa, e atingindo interesse de terceiro inocente, este deverá ser indenizado, cabendo ação regressiva em face do acusado do perigo ou da agressão:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não for culpado do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

O estrito cumprimento do dever legal também é considerado por parte da doutrina como excludente da responsabilidade, Stolze (2012) aponta o exemplo do policial que arromba a porta em cumprimento de seu dever. O exercício regular de direito praticado dentro dos limites não se configura abusivo, como exemplo atividades desportiva como o futebol, boxe e etc.

O Caso fortuito e força maior, para Ulhôa (2012, p. 531) não tem distinção, e ele assim define “é todo evento desencadeador de danos não originado pela culpa de alguém”. Pode referir-se a fatos da natureza (enchentes, queda de raio, terremoto) ou humanos (produção em massa, prestação de serviços empresariais).

Para Ulhôa (2012), a característica fundamental do fortuito é a inevitabilidade. O evento é inevitável em razão da imprevisibilidade (inevitabilidade cognoscitiva), da incapacidade humana de obstar seus efeitos danosos (inevitabilidade material) ou da falta de racionalidade econômica em obstá-los (inevitabilidade econômica). Compreende também que o fortuito natural ou humano é sempre excludente da responsabilidade civil subjetiva, porque descaracteriza a relação de causalidade entre o dano do credor e a conduta culposa do

devedor. Quando objetiva a responsabilidade, porém, apenas o fortuito natural descaracteriza a relação de causalidade.

Destoando do entendimento anterior, Diniz (*apud* GANGLIANO p.181), distingue que:

Na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc.. Já no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte.

Em que pese a discussão doutrinária a respeito do caso fortuito e força maior, a doutrina é unânime em entender que pode ser excluído o nexo causal.

A culpa exclusiva da vítima rompe o nexo causal, excluindo a responsabilidade civil do agente. O réu da ação indenizatória deve demonstrar suficientemente esta causa. O clássico exemplo utilizado para ilustrar é o caso do cidadão que, visando suicídio, atira-se na frente do carro de alguém. Neste exemplo, há excludente de responsabilidade do motorista por culpa exclusiva da vítima.

Importante ressaltar que na culpa concorrente, as duas partes envolvidas serão responsáveis.

O fato de terceiro, consiste no comportamento causal de um terceiro apto a romper o nexo causalidade entre o agente do dano e a vítima. É o caso de um acidente de trânsito entre três veículos que trafegam no mesmo sentido por via de dupla mão de direção. O motorista do veículo A, que vai à frente, para e converge à esquerda em manobra não permitida naquele local. Logo atrás, para também o veículo B. O motorista do veículo C, que vinha por último, porém, não freia e provoca a colisão. O proprietário do veículo A terá que pleitear contra o motorista do veículo C, embora seu carro tenha sido danificado pelo B. Não há relação de causalidade entre a conduta do motorista do veículo B e os danos em A.

Para finalizar vale esclarecer que a doutrina retrata também sobre a Cláusula de não indenizar, que está adstrita a ser excludente no âmbito da responsabilidade contratual e consiste na estipulação, inserida no contrato, por meio da qual uma das partes declara, com a anuência da outra parte, que não será responsável pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento absoluta ou relativo, da obrigação ali contraída. Os riscos são transferidos para a vítima por via contratual. Há controvérsia de sua validade na doutrina.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL BANCÁRIA

O tema relacionado à responsabilidade civil das instituições bancárias é de relevância para o mundo jurídico. A crescente modernização do sistema financeiro tem proporcionado a um número cada vez maior de pessoas, o acesso às instituições bancárias, seja apenas para o recebimento de valores ou mesmo para operações mais complexas.

A questão a ser analisada está adstrita a quem cabe à responsabilidade nos casos em que há prejuízos para os clientes ou terceiros advindas das relações bancárias. Há também a necessidade de compreender se essas relações podem ser consideradas consumeristas ou não, afim de que se estabeleça a incidência do CDC - Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 1.990.

A incidência do CDC nas relações bancárias tem implicações de grande valia, como no campo da espécie de responsabilidade ser aplicada e também no campo probatório, determinando sobre a possibilidade da inversão do ônus da prova.

Desta forma, inicialmente, necessário se faz a abordagem de alguns conceitos intrínsecos as instituições bancárias.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

O sistema bancário surgiu em decorrência da divisão do trabalho, que originou as mercadorias-moedas e conseqüentemente a moeda, inicialmente cunhada em metais, posteriormente passando ao papel-moeda e finalmente a moeda escritural e eletrônica. Tanto o surgimento como as alterações que ocorreram no sistema bancário através dos tempos foram motivados pelas necessidades da sociedade.

Longe de adentrar na discussão a respeito da nomenclatura “Bancos”, “Instituições Bancárias”, ou “Instituições Financeiras”, neste trabalho serão utilizadas como sinônimo.

Segundo a definição de Köhler (2012, p. 18), as instituições financeiras “São as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

As Instituições Bancárias no Brasil ganham expressão a partir de 1.808, com a criação do primeiro Banco do Brasil. A partir daí várias foram as ações e normas a fim de estabelecer um sistema financeiro propulsor e capaz de atender as demandas comerciais.

Com a crescente modernização e globalização da sociedade, o papel dos Bancos, que já era de relevância, passa a agora a ser essencial. Assim, Stoco (2011, p. 741) dispõe que:

[...] o envolvimento das instituições financeiras nas transações em geral, na economia, nas atividades de depositárias e operacionalizadoras de valores, emprestadoras de dinheiro, financiadoras e múltiplas funções, tornou-se fundamental em qualquer país. A atuação das instituições financeiras é tão invasiva, tão grande e tão forte que se pode falar em uma grande dependência das pessoas físicas e jurídicas dessa atividade multiforme.

As atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras podem ser divididas em principal e acessória. A principal refere-se à concessão de crédito e a acessória a prestação de serviços diversos feitos pelos bancos. Esta divisão, entretanto, não interfere na responsabilidade civil dos bancos, uma vez que, o que predomina é o caráter de prestação de serviços bancários.

O crédito disponibilizado pelas instituições é o que fomenta o progresso e a expansão do comércio. Segundo Rizzardo (2007, p. 553):

O Banco promove a industrialização do crédito, favorecimento da circulação das riquezas e enseja as condições de consolidação das poupanças individuais. Tem a função monetária enquanto é órgão de pagamento e creditício, ou quando age como órgão de investimento – funções que se entrelaçam e se completam.

Neste contexto pode se afirmar que os Bancos possuem importante função social por influenciarem a economia e contribuírem para um equilíbrio econômico-financeiro. Cavalieri (2012, p. 439), neste sentido faz a correlação entre as atividades bancárias e a sua função social:

Os bancos, em nosso país, tal como ocorre na generalidade dos países desenvolvidos, exercem relevante função na mobilização do crédito em benefício do desenvolvimento econômico. Modernamente, não mais se limitam a receber, em depósito, capitais de terceiros e conceder empréstimos. Com o objetivo de atrair clientela, presta relevantes serviços à coletividade em áreas que transbordam da atividade bancária específica, fazendo o pagamento de salários a milhões de servidores públicos, empregados e aposentados; recebimento de impostos, contas de luz, gás, telefone e outros serviços públicos, sem se falar no incentivo e apoio que representam para a indústria, o comércio, a agricultura e a pecuária.

No direito brasileiro as atividades das instituições financeiras submetem-se às determinações emanadas de resoluções e circulares do Banco Central. A Lei n. 4.595/64 dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.

Para Rizzardo (2007, p. 554) as operações bancárias consolidam-se através de contratos, constituindo um acordo entre o banco e o usuário:

As relações entre bancos e clientes comportam direitos e obrigações, visando precipuamente, a intermediação do crédito. Ou seja, formam um contrato, por constituírem quando realizadas, um acordo entre o banco e o usuário, para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito.

Já quanto a responsabilidade, Gonçalves (2010, p. 244), observa que a responsabilidade bancária pode ser contratual e também aquiliana, assim ele define:

A falta de legislação específica, as questões suscitadas a respeito da responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários têm sido solucionadas à luz da doutrina e da jurisprudência. A responsabilidade pode ser contratual (na relação entre o banco e seus clientes) e aquiliana (danos a terceiros, não clientes).

Neste mesmo sentido, Cavalieri (2012, p. 440), se posiciona sobre o tema:

Muito se tem discutido a respeito da natureza da responsabilidade civil das instituições bancárias, variando as opiniões desde a responsabilidade fundada na culpa até a responsabilidade objetiva, com base no risco profissional, conforme sustentou Odilon de Andrade, filiando-se à doutrina de Vivante e Ramela ("Parecer" in *RF* 89/714). Neste ponto, entretanto, importa ressaltar que a questão deve ser examinada por seu duplo aspecto: em relação aos clientes, a responsabilidade dos bancos é contratual; em relação a terceiros, a responsabilidade é extracontratual.

Assim, compreendida a breve exposição sobre as instituições bancárias, vale ressaltar que hodiernamente, tem ocorrido uma crescente prosperidade dos bancos, bem como uma crescente demanda de ações judiciais relacionadas à responsabilidade bancária.

Embora haja maciços investimentos em tecnologia para melhor atender ao público nas atividades bancárias, ainda assim, verifica-se a possibilidade de ocorrências de falhas e danos aos clientes ou a terceiros.

Na atividade principal bancária, que é a concessão de crédito e o depósito em conta corrente, verifica-se um grande número de operações envolvendo o manuseio do cartão bancário e da senha pessoal, conseqüentemente um aumento significativo dos conflitos judiciais.

Assim, em continuidade com a análise do tema, faz-se necessárias algumas informações a respeito do cartão bancário e da senha pessoal para melhor compreensão do tema, o que se fará nos próximos tópicos.

2.1.1 Cartão Bancário

A maioria das operações envolvendo as atividades financeiras está ligada aos bancos, nos quais seus clientes possuem cartão bancário com a respectiva senha.

Entretanto, ao ser analisada a legislação pertinente ao uso do cartão bancário e da senha, excluindo-se as orientações fornecidas pelos respectivos Bancos aos seus correntistas, pouca ou nenhuma regulamentação específica é possível encontrar.

O cartão magnético pode ser conceituado como um objeto de plástico de formato retangular em que se pode armazenar qualquer tipo de dados digitais, através de uma tarja preta (magnético), que se localiza no verso do cartão. A definição de cartão utilizada para crédito, dada por Figueiredo (*apud* Moraes, 2004, p.16), também se aplica ao cartão magnético, segundo ele, “Consiste em um cartão de plástico brilhante, colorido, retangular, padronizado, medindo 85mm por 54mm, com tarja magnética e identificação do usuário (...)”.

O cartão magnético necessita de um banco de dados centralizado, é menos aperfeiçoado que o Smart card ou cartão com chip. Enquanto, este possui uma tecnologia de ponta, com alta segurança, aquele é mais vulnerável a fraudes e a qualquer tipo de falsificação, pois seu sistema de segurança é muito limitado. Segundo informações do Instituto Newton C. Braga¹, o escritor e professor de eletrônica, explica a diferença:

Existe uma grande diferença entre os Smart Cards e os cartões magnéticos ou os cartões ópticos que já são bastante comuns há um bom tempo. Nos cartões magnéticos as informações são gravadas numa banda magnética que tem uma capacidade limitada e não pode tomar qualquer tipo de decisão. Esta banda além de tudo é sensível, já que pode ser danificada tanto fisicamente, como pelo contacto com campos magnéticos fortes. Já no Smart Card, existe um chip embutido cujas informações gravadas podem ser alteradas, e mais ainda, pode ser dotado de um programa que tome decisões em função das informações que entram ou que saem. Tudo depende do grau de complexidade do chip que está embutido.

O Smart Card, além de ser usado em cartões bancários e de identificação pessoal, é encontrado também nos celulares GSM (o "chip" localizado normalmente atrás da bateria).

O cartão magnético bancário originou-se do cartão de crédito e remonta à década de 1920, mas na década de 50 é que foi realmente difundido.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 685), ao apontar as espécies de cartão de crédito, diferencia três espécies:

¹BRAGA. Newton C. **Como funcionam os Smart Cards.** Disponível em: <<http://www.newtoncbraga.com.br/index.php/como-funciona/4013-art545>>. Acesso em 12/02/2016.

(...) os emitidos por empresas comerciais para uso de seus clientes, **os emitidos por bancos ou grupos de bancos para a utilização de crédito bancário** e os emitidos por empresas intermediárias entre compradores e vendedores. (...) os segundo são os cartões de banco, que admitem saques diretamente nos caixas das agencias ou nos caixas eletrônicos. (grifo nosso)

O primeiro cartão de crédito foi emitido em 1950 pelo Executivo Frank Macnamara com a denominação de Diners Club Card. Em 1956 por meio de franquia foi lançado o cartão Diners Club no Brasil, inicialmente como cartão de compras e não de crédito, apenas em 1968 é lançado o primeiro cartão de crédito por um banco. O cartão de débito foi lançado somente em 1983.

A utilização do cartão de crédito como meio de pagamento nos EUA e na Europa é bem difundido há várias décadas, mas no Brasil apesar de sua presença desde a década de 1950, como nos EUA, a sua aceitabilidade e ampla utilização só ocorreu na década de 1990, principalmente após o Plano Real e a estabilização da economia.

A partir do ano de 1995 ocorre uma crescente emissão de cartões de crédito e de débito, onde ano após ano a quantidade de cartões emitidos e ativos é cada vez maior. As novas tecnologias facilitaram em grande parte essa mudança no sistema de pagamentos, diminuindo vertiginosamente a emissão de cheques e ampliando a utilização dos meios de pagamentos eletrônicos, proporcionando mais segurança nas transações além do menor custo para o sistema.

A utilização de cartões magnéticos proporcionada pelas novas tecnologias atingiu todas as modalidades de pagamento e nichos de mercado, desde os benefícios da Previdência Social (INSS), cartões telefônicos, vale Alimentação, vale transporte, lojas de departamentos, rede de combustível, cartão de contas bancárias e os cartões de crédito.

2.1.2 Senha Pessoal

A senha bancária pode ser conceituada como a validação do usuário para a obtenção de acesso a um sistema de informação ou serviço. É de uso pessoal e intrasferível, ou seja, não deve ser repassada a outra pessoa.

A informação relativa à senha bancária é encontrada nos sites e agências bancárias, o que difere pouco de um banco para outro. Geralmente a senha bancária para a utilização nos caixas e na internet é composta de 4 a 8 dígitos numéricos, e para maior segurança letras do alfabeto.

Segundo informações do site do Banco do Brasil², com a senha podem ser realizadas transações bancárias nos canais eletrônicos como terminais de autoatendimento, Banco 24 Horas, terminais do exterior vinculados à agência do correntista e Central de Atendimento. A senha do cartão também é utilizada para confirmar determinadas transações realizadas pela Internet, como pagamentos e transferências, por exemplo, e em transações de compra com cartão de crédito efetuadas por cartões do tipo Smart card que contém um microchip para armazenamento dos dados.

A alteração da senha do cartão pode ser realizada a qualquer momento nas agências bancárias, observando o seguinte: com o conhecimento da senha anterior, pode ser efetuada a alteração em qualquer agência. Sem conhecimento da senha anterior a alteração só poderá ser feita na agência de relacionamento. É orientado ao cliente que procure um funcionário devidamente identificado. Logo após a alteração da senha, caso a pessoa seja usuário de cartão de crédito, será emitido um novo cartão.

O bloqueio da senha do cartão pode ser efetuado em qualquer agência mediante identificação do cliente. Além disso, para segurança, o banco bloqueia a senha na terceira tentativa, o desbloqueio pode ser feito em qualquer agência de autoatendimento.

A FEBRABAN- Federação Brasileira de Bancos disponibiliza em seu site³ algumas dicas para os correntistas de banco, entre elas “como usar os cartões com mais segurança”, “segurança no uso da internet”, “como utilizar caixa eletrônico com mais segurança”, e “como escolher e usar senha com segurança”.

Entretanto, apesar da tentativa dos bancos em informar seus clientes, várias são as ações relacionadas ao uso do cartão e senha pessoal.

2.2 A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS ATIVIDADES BANCÁRIAS

Ao ser sancionada a Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1.990, o Código de Defesa do Consumidor primou pela proteção do consumidor.

²BANCO DO BRASIL. **Acesso a informação – Segurança.** Disponível em <<http://www.bb.com.br/portalbb/page251,105,5556,0,0,1,1.bb?codigoNoticia=2613&codigoMenu=572>> acesso em: 30 Out. de 2015.

³FEBRABAN - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Dicas para os clientes.** Disponível em: <<https://www.febraban.org.br/Arquivo/Servicos/Dicasclientes/dicas4.asp>> acesso em 30 de Out. de 2015.

Em relação à atividade bancária, a grande discussão que havia em torno do CDC era se este aplicava ou não às instituições bancárias. Venosa (2007, p. 220), ao tratar da matéria responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, esclarece esta questão, ao relatar que “apesar dos já muitos anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, há ainda instituições bancárias e financeiras que postulam sua exclusão desta relação de consumo, contra texto expresso de lei e contra a mais remansosa jurisprudência”.

A posição de Cavalieri (2012, p. 440), neste mesmo sentido, também ilustra a posição da maioria da doutrina:

O Código do Consumidor, em seu art. 3º, § 2º, incluiu expressamente a atividade bancária no conceito de serviço. Desde então, não resta a menor dúvida de que a responsabilidade contratual do banco é objetiva, nos Lermos do art. 14 do mesmo Código.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, **inclusive as de natureza bancária**, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (grifo nosso)

A questão também ficou consolidada com edição da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça que define: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Outro ponto importante levantado foi sobre os contratos estipulados com o banco, que nem sempre eram de consumo, nos termos da definição do art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

O alvo do debate, era sobre a definição de consumidor, acima citado, na alegação de que o CDC era inaplicável a maior porção das atividades bancárias, como empréstimos, financiamentos, poupanças e investimentos, visto que o dinheiro e o crédito não são consumidos, não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, sendo ao contrário, meios de pagamento, que circulam na sociedade e em relação aos quais não há destinatário final.

Em que pese às opiniões contrárias, segundo a doutrina majoritária, verifica-se que no conceito de consumidor estabelecido pelo CDC, este não é necessariamente quem “consome”, mas quem “adquire ou utiliza” produto ou serviço como destinatário final. No conceito legal dado pelo Código, não vale outro tipo de interpretação. Estabelecendo a significação do termo “utilizar” e suas implicações jurídicas, Cavalieri, em seu artigo sobre a responsabilidade Civil das Instituições bancárias por danos causados a correntistas e terceiros (2012, p. 4), doutrina que:

[...] utilizar, por sua vez, não significa apenas gastar, extinguir, destruir, consumir, mas também usar, fruir, sem implicar em necessária destruição da própria substância do bem. Importa então em dizer que haverá relação de consumo não só quando produtos são consumidos, mas também quando deles usufrui o consumidor como destinatário final; não só quando o consumidor compra gêneros alimentícios e medicamentos para si e sua família, mas também quando adquire livros, eletrodomésticos, móveis, veículos, imóveis e outros bens duráveis como destinatário final. O mesmo ocorre com os serviços em geral. Embora não comemos serviços bancários, deles utilizamos como destinatários finais, e é quanto basta para configurar a relação de consumo.

Lecionando sobre este assunto, Néilson Nery Junior (*apud* Rizzardo, 2007, p. 555), entende que “havendo outorga do dinheiro ou do crédito para que o devedor o utilize como destinatário final, há a relação de consumo que enseja a aplicação dos dispositivos do CDC”.

Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 254), embasando seu posicionamento sobre o assunto, cita o Resp. 57.974-0-RS, do Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Malgrado a resistência das referidas instituições em se sujeitarem às suas normas, sustentando que nem toda atividade que exercem (empréstimos, financiamentos, poupança etc.) encontra-se sob sua égide, o Superior Tribunal de Justiça não vem admitindo qualquer interpretação restritiva ao aludido § 2 do art. 3, afirmando que a expressão “natureza bancária, financeira, de crédito” nele contida não comporta que se afirme referir-se apenas a determinadas operações de crédito ao consumidor. Os bancos, “como prestadores de serviços especialmente contemplados no mencionado dispositivo, estão submetidos às disposições do Código do Consumidor”. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor dos serviços prestados pelo banco.

Assim, como se vê não há como afastar a aplicação do CDC das atividades bancárias, os bancos são empresas comerciais que captam os recursos no mercado financeiro para redistribuir em operações de crédito.

Dentro da perspectiva de incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias, necessário se faz analisar, dois elementos importantes para compreensão do tema,

tais como a Responsabilidade Objetiva e ônus da prova e suas implicações nas relações bancárias.

2.2.1 A Aplicação da Responsabilidade Civil Objetiva

A incidência do Código de Defesa do Consumidor nas atividades bancárias tem consequências extremamente importantes no âmbito judicial. Sem a intenção de adentrar nas discussões, dois pontos principais precisam ser esclarecidos para a compreensão do tema, quais sejam, a responsabilidade objetiva e o ônus da prova.

Partindo da ideia de prevalência do Código de Defesa do Consumidor sobre as atividades bancárias, pode-se afirmar que a responsabilidade dos bancos, como prestadores de serviços é objetiva. Dispõe, com efeito, o CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (grifo nosso)

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

A norma citada deixa evidente que na prestação de serviço, a responsabilidade civil dos bancos em relação aos seus correntistas e usuários dos serviços, enquadra-se na responsabilidade pelo fato do serviço.

Fato de serviço pode ser conceituado segundo, Benjamin (2012, p.148), como a “desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos consumidores e que têm a capacidade de provocar acidentes de consumo.” Não é a conduta culposa, nem ainda a relação jurídica contratual que caracteriza o dever de indenizar, o fato gerador da responsabilidade do fornecedor de serviços é o defeito do serviço.

O ponto fundamental consiste no § 1º do art. 14 do Código, que dispõe que o serviço é defeituoso, quando não fornece segurança, configurando a responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente do elemento culpa, a instituição financeira arcará com o dano ou prejuízo que o consumidor for submetido.

Extrai-se dessa norma, o princípio da segurança, cláusula geral consagrada pelo CDC, e que serve de fundamento para toda a relação de consumo. Assim, compreende Tartuce (2014, p.105):

Na verdade, o CDC adotou expressamente a ideia da teoria do risco-proveito, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento.

Nesse sentido vale ressaltar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que fundamentado na responsabilidade objetiva, aplicou o princípio da segurança:

RECURSO INOMINADO. INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. CARTÃO BANCÁRIO. USO POR TERCEIRO. **FALHA NA SEGURANÇA.** MOVIMENTAÇÃO QUE FOGE AO PERFIL E REGIÃO GEOGRÁFICA DO AUTOR. DÉBITO DESCONSTITUÍDO. SUMULA 479 DO STJ. Fugindo as movimentações contestadas pelo autor do seu perfil (não só de gastos como geográfico), é de se reconhecer responsabilidade do recorrido que não bloqueou a utilização do plástico, permitindo assim o uso por falsários. Inteligência da Sumula 479 do STJ. Débitos desconstituídos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA, VENCIDA A RELATORA. (TJ-RS - Recurso Cível: 71004660106 RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Data de Julgamento: 27/05/2014, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/06/2014). (grifo nosso)

Nesse julgado, o Tribunal reformou a sentença de primeiro grau, condenando a instituição bancária, com a inteligência da Súmula 479 do STJ, que será analisada posteriormente, no tópico específico e dispõe: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

Apesar da instituição não ser culpada diretamente por se tratar de uso por terceiro de Cartão magnético e senha pessoal, o Banco foi acusado de falha na segurança, por não tomar as devidas providências relacionadas ao bloqueio do cartão, diante do fato que além das operações bancárias terem sido realizadas fora da região geográfica do autor, segundo o voto do relator no julgado acima:

(...) as pessoas idosas e semianalfabetas, caso do autor, são obrigadas a utilizar os caixas automáticos em decorrência da automação bancária, com o objetivo de redução de custos. São pessoas que não se familiarizaram com a informatização da vida moderna e, pela idade e poucos conhecimentos, têm dificuldade em guardar senhas, exigência cada vez maior e em maior número, o que leva a quem tenham o

número da senha escrito em um papel que transportam junto ao cartão de crédito. Por certo, se tivessem a opção de serem atendidos por um funcionário dos bancos para efetuar saques ou operações, bancárias, não teriam esse costume absolutamente inseguro.

Sintetizando, a responsabilidade das instituições bancárias decorre do dever de segurança. Ocorrido o acidente de consumo, o banco terá que indenizar a vítima, independente de culpa, bastando a relação de causa e efeito entre o defeito do serviço e o dano sofrido.

2.2.2 Ônus da prova nas relações bancárias

Outro aspecto importante a ser tratado é sobre a inversão do ônus da prova. Segundo definição de Neves (2014, p.389), a inversão do ônus da prova “é regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistam fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória”.

Assumpção Neves (2014, p.391), elenca três tipos de inversão, a saber, convencional, legal e judicial.

A inversão convencional decorre de um acordo de vontades entre as partes, que poderá ocorrer antes ou durante o processo. Essa forma de inversão tem duas limitações previstas pelo art. 333 do CPC, que prevê a nulidade dessa espécie de inversão, quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

A inversão legal vem prevista expressamente em lei, não exigindo o preenchimento de requisitos legais no caso concreto. No CDC há três passagens que ocorre essa inversão. O artigo 12, § 3º, em que cabe o ônus ao fornecedor de provar que não colocou o produto no mercado, que ele não é defeituoso ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros pelos danos gerados, o artigo 14, § 3º, com ônus do fornecedor de provar que o serviço não é defeituoso ou que há culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro nos danos gerados e o artigo 38 que dispõe que o fornecedor deve provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária que patrocina.

Na inversão judicial caberá ao juiz analisar, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos legais, como ocorre no art. 6.º, VIII, do CDC, que prevê a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor sempre que este for hipossuficiente ou suas alegações forem verossímeis. Estabelece o artigo citado:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

Assumpção Neves (2014, p.392) salienta que muitas vezes a doutrina e a jurisprudência confundem os tipos de inversão legal e judicial. Nos casos de inversão legal, já apontados acima, a inversão é automática, não havendo que provar hipossuficiência ou que as alegações são verossímeis, cabe ao réu provar que os defeitos não existem. Ao pronunciar-se cita:

A análise doutrinária, jurisprudencial e prática é funesta para o consumidor. Sempre que se exige o requisito para a inversão da prova, naturalmente se dificulta o acesso ao consumidor a esse direito garantido pela legislação consumerista. E tecnicamente a realidade é criticável, por confundir diferentes espécies de inversão do ônus da prova, como se não houvesse diferença entre a inversão legal e judicial.

Compreende-se que com a inversão do ônus da prova, procura-se restabelecer a igualdade e o equilíbrio na relação processual em razão do fornecedor, geralmente dispor de melhores condições técnicas e econômicas para a disputa judicial. Neste sentido, Neves (2014, p. 390):

Consagra-se legislativamente que deve ter o ônus da prova a parte que tenha maior facilidade em produzir a prova e se livrar do encargo. Como essa facilidade dependerá do caso concreto, cabe ao juiz fazer a análise e determinar qual o ônus de cada parte do processo. Registre-se que diante da omissão do juiz, as regras continuarão a ser aplicadas como sempre foram sob a égide do CPC/1973.

Como já foi diferenciado acima, na inversão judicial, a doutrina entende que a inversão não é automática, devendo o consumidor comprovar hipossuficiência ou ser verossímil a alegação. Desta forma, posiciona-se com relação ao ônus da prova, Gonçalves (2010, p. 255), com a seguinte observação:

Com relação ao ônus da prova, é de ressaltar que, em linhas gerais, a alteração da sistemática da responsabilização, prescindindo do elemento culpa e adotando a teoria objetiva, não desobriga o lesado da prova do dano e do nexo de causalidade entre o produto ou serviço e o dano. [...]. No entanto, de acordo com o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, o juiz pode inverter o ônus da prova quando "for verossímil a alegação" ou quando o consumidor for "hipossuficiente", sempre de acordo com "as regras ordinárias de experiência".

Em que pese às discussões doutrinárias, os Tribunais vêm decidindo pela inversão, como neste julgado em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aplicou o art. 6º, inciso VII do CDC.

RECURSO INOMINADO. REPARAÇÃO DE DANOS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. SAQUES E EMPRÉSTIMOS REALIZADOS POR TERCEIROS DE POSSE DO CARTÃO E SENHA DA CORRENTISTA. INDEPENDENTEMENTE DE COMO O CARTÃO E A SENHA CHEGARAM ÀS MÃOS DE TERCEIROS, CONSTA NOS AUTOS QUE A AUTORA SOLICITOU O BLOQUEIO DO CARTÃO JUNTO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, DE MODO QUE **INCUMBIA AO BANCO, POR FORÇA DO ART. 333, II DO CPC E ART. 6º, VIII DO CDC COMPROVAR QUE AS TRANSAÇÕES IMPUGNADAS FORAM REALIZADAS ANTES DA COMUNICAÇÃO**. AUSENTE PROVA NESSE SENTIDO, PRESUME-SE A FALHA DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO BANCO, POIS AUTORIZOU MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA QUANDO O CARTÃO E A SENHA JÁ DEVERIAM ESTAR BLOQUEADOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEVER DE RESTITUIR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (TJ-RS - Recurso Cível: 71005261524 RS, Relator: Glaucia Dipp Dreher, Data de Julgamento: 24/04/2015, Quarta Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/04/2015) (grifo nosso)

No caso em concreto, como o banco não comprovou a alegação de que as transações realizadas pela correntista se deram antes da comunicação do empréstimo realizado por terceiro, deu-se por verdadeira a alegação da correntista sobre falha nos serviços bancários, diante da falta de prova que cabia ao banco apresentar. O Tribunal esclareceu que há responsabilidade objetiva por parte da instituição financeira, com consequente inversão do ônus da prova.

Verifica-se a importância do ônus probatório, visto que o fato do banco não provar suas alegações, quando tinha o ônus de fazê-lo, pode levá-lo a arcar com os prejuízos sofridos pelo correntista.

3 DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA RELACIONADA AO USO DO CARTÃO BANCÁRIO E SENHA – SITUAÇÕES RECORRENTES DE ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente é importante ressaltar que há algumas situações recorrentes que precisam ser analisadas a quem cabe a responsabilidade civil. Estas situações estão inseridas, segundo classificação de Stolze, no campo da responsabilidade civil em face dos clientes/consumidores, visto que, ao se obter o cartão e a senha, preliminarmente houve uma relação contratual.

O estudo será dividido em três tópicos, a saber, a responsabilidade por violação do sistema eletrônico/fraude, sequestro relâmpago de cliente fora da agência bancária e a responsabilidade por perda do cartão bancário e fornecimento de senha a terceiro.

3.1 VIOLAÇÃO DO SISTEMA ELETRÔNICO/FRAUDE

Os meios eletrônicos passam por uma evolução tecnológica e nesse contexto as instituições bancárias não têm ficado para trás, com investimento de ponta, e na ânsia de captar mais clientes, pois a concorrência também aumenta, tentam aumentar as facilidades para seus clientes.

Ventura (2010), leciona que milhares de brasileiros, principalmente aqueles que têm acesso direto à informática, têm realizado diversas atividades por meio eletrônico, dentre as quais o “home banking”, ou seja, os clientes utilizam o serviço oferecido por alguns bancos, que permite a operação de suas contas através da internet.

De acordo com Martins (*apud* OLIVEIRA, 2011, p. 87):

O comércio eletrônico é representado no Brasil, cuja indústria de automação bancária é das mais destacadas do mundo, pela presença das instituições financeiras, que oferecem a seus clientes facilidades como a Internet Banking ou o Home Banking, permitindo que o usuário tenha acesso a operações em uma agência virtual.

Entretanto, como a evolução não se dá só no campo das facilidades, observa-se que o número de fraudes relacionadas às transações eletrônicas tem aumentado e se modernizado. Em notícia veiculada pela revista Exame⁴, em 17 de Março de 2013, a reportagem mostra que

⁴CÂNDIDO. Fabiano. **Bancos perdem 3,1 bi com fraudes eletrônicas**. In: Revista Exame, 17 de março de 2013. Disponível em < <http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/bancos-perdem-r-3-1-bi-com-fraudes-eletronicas>> Acesso em 30/10/2015.

em 2012 bancos perderam mais de 3,1 bilhões com fraudes eletrônicas, pela ação de quadrilhas e hacquers. Discorrendo sobre este assunto, Cavalieri (2012, p. 445) lança as interrogações:

Os bancos modernizaram os seus sistemas de depósitos, saques, pagamentos, transferência de valores etc. para acompanharem o progresso decorrente da internet. A maior parte dos serviços que prestam são agora realizados pelo sistema eletrônico, mais rápido, cômodo e econômico. Mas quem responde pelos riscos desse desenvolvimento? A quem devem ser atribuídas as consequências das fraudes eletrônicas, ação dos hackers, saques e transferência de numerário com senha falsa, e assim por diante?

Em resposta as essas indagações, o doutrinador, pontuando a respeito da tentativa das instituições bancárias se eximirem da responsabilidade, esclarece que os bancos têm se esforçado em atribuir ao consumidor às consequências dos riscos, mas para tal não há embasamento jurídico, segundo ele (2012, p. 445), no caso de fraudes incide a teoria do empreendimento, segundo o qual “todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa”.

Pode-se afirmar, desta forma que o Código de Defesa do Consumidor, que saliente, rege as atividades bancárias, adotou a teoria do risco do empreendimento.

A Teoria do Empreendimento está inserida na Teoria do Risco, esta é apresentada pela doutrina, como sendo o embasamento jurídico que os juristas elaboraram ao final do século XIX para justificar a responsabilidade objetiva. O Risco nessa acepção jurídica significa perigo, potencialidade de dano, previsibilidade de perda ou de responsabilidade pelo dano, compreendidos os eventos incertos e futuros inesperados, mas, temidos ou receados que possam trazer perdas ou danos. Caio Mario citado por Cavalieri, como um dos maiores adeptos dessa teoria no Brasil, (2012, p.154) expõe:

No entender do ilustre Mestre, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, a negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do *risco criado*.

Diferentemente da Teoria do Risco Integral, que defende o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexa causal, na Teoria do Empreendimento, os casos de culpa

exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior, se provados, podem excluir a responsabilidade da instituição, que não responderá pelos prejuízos causados.

A Teoria do Risco recebeu sérias críticas dos defensores da doutrina subjetiva, como os irmãos Mazeaud, que como cita Pereira (*apud* FILHO, 2012, p. 155), argumentam que, “em razão da demasiada atenção a vitima, acaba por negar o princípio da justiça social, impondo cegamente o dever de reparar, e levando-o a equiparar o comportamento jurídico e o injurídico do agente”.

Caio Mário (2012, p.155) entende que as críticas não procedem, visto que ninguém responde por coisa alguma só porque exerce atividade de risco, também será necessário violar dever jurídico, pois, não há responsabilidade sem violação de dever jurídico preexistente, no caso, da responsabilidade objetiva, que neste caso é aplicada, o dever jurídico violado é o da segurança, que a lei estabelece para quem cria riscos a outrem. Assim, ele menciona:

Risco e segurança andam juntos, são fatores que atuam reciprocamente na vida moderna, cuja atividade primordial é driblar riscos. Onde há risco tem que haver segurança; há íntima relação entre esses dois fatores como vasos comunicam. Quanto maior o risco, maior será o dever de segurança. A responsabilidade objetiva exsurge quando a atividade perigosa causa dano a outrem, o que evidencia ter sido ela exercida com violação do dever de segurança, que se contrapõe ao risco.

Em consonância com este entendimento, Rizzardo (2007, p. 585), ao abordar a responsabilidade bancária, no que diz respeito à violação do sistema, entende que se não houve descuido do titular, mas “falha na segurança interna”, deve a instituição arcar com a responsabilidade.

Esse foi e o entendimento unânime do Tribunal de Justiça do Maranhão no julgamento da Apelação Cível interposta pelo Banco BMG S/A contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Imperatriz/MA que nos autos da Ação de Reparação por Danos Morais, julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o Apelante a indenizar a Apelada. O Tribunal entendeu pela responsabilidade objetiva da instituição financeira, diante da fraude considerada como fortuito interno, e que a instituição não apresentou provas que afirmasse o contrário, também aplicou a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. FRAUDE BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. 1. Por se tratar de Instituição Financeira, o Superior Tribunal de Justiça já sumulou entendimento pela sua responsabilidade objetiva pelos danos gerados por fortuito interno decorrente de fraudes praticadas por terceiros (Súmula nº. 479). 2. O Apelante não trouxe aos autos qualquer elemento capaz de elidir as afirmações realizadas pelo Apelado, deixando caracterizada a

fraude realizada. 3. Com relação ao quantum fixado a título de danos morais, percebe-se que estes foram arbitrados de maneira razoável e proporcional, não merecendo a decisão proferida pelo Juízo de base qualquer reforma nesse aspecto, ainda mais por se tratar de pessoa idosa, especialmente protegida por Lei. 4. Apelação Cível conhecida e improvida. 5. Unanimidade.
(TJ-MA - APL: 0215702015 MA 0002105-83.2014.8.10.0040, Relator: RICARDO TADEU BUGARIN DUAILIBE, Data de Julgamento: 05/10/2015, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/10/2015).

Também o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, reconheceu a responsabilidade objetiva da instituição, afirmando que as sociedades empresárias, em razão do lucro obtido com a exploração da atividade econômica, respondem pelos riscos advindos de tal atividade, não houve provas suficientes quanto à adoção das cautelas exigíveis das instituições financeiras na prestação de serviços bancários, a qual, porque negligente, ensejou a inscrição indevida do nome do consumidor nos cadastros de restrição ao crédito, causando-lhe prejuízos. Aplicou-se a Súmula 479 do STJ, pois a dívida foi adquirida por terceiro mediante fraude.

CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO E NEGATIVA DE DÉBITO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DÍVIDA ADQUIRIDA POR TERCEIRO, MEDIANTE FRAUDE. DANO A CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. SUMULA 479 DO STJ. QUANTUM REPARATÓRIO. PARÂMETROS. 1. Nas relações consumeristas, dispensa-se a comprovação da culpa ou do dolo, em se tratando de apuração de responsabilidade por danos causados a consumidores. O fornecedor de serviços somente não será responsabilizado quando provar culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, o que não restou evidenciado no caso. 2. As sociedades empresárias, em razão do lucro obtido com a exploração da atividade econômica, respondem pelos riscos advindos de tal atividade. 3. Constatados os danos morais, na espécie em estudo, diante da ausência de provas quanto à adoção das cautelas exigíveis das instituições financeiras na prestação de serviços bancários, a qual, porque negligente, ensejou a inscrição indevida do nome do consumidor nos cadastros de restrição ao crédito, causando-lhe prejuízos. A respeito, determina a Súmula 479 do STJ que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. 4. A mera inscrição indevida no cadastro de inadimplentes gera a obrigação de indenizar. 5. Afixação do quantum reparatório deve atender aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, à realidade e às peculiaridades de cada caso e à finalidade da indenização, de compensar o dano, punir o ofensor e prevenir a ocorrência de fatos análogos. 6. Negou-se provimento ao apelo.
(TJ-DF - APC: 20150510013574, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 07/10/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/10/2015 . Pág.: 165)

A Súmula 479 do Superior tribunal de Justiça foi publicada em 01 de agosto de 2012, dispondo que “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

A Súmula ajuda a esclarecer a responsabilidade em casos específicos, como naqueles em que há o fortuito interno relativo a fraudes. Importante observar, porém que os requisitos necessários para a aplicabilidade da Súmula deverão ser observados no caso concreto, a fim de que ela seja válida.

Um dos requisitos a ser observado em relação à súmula, se refere à expressão “fortuito interno”, uma modalidade do caso fortuito previsto no art. 393 do Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir.

Aqui se faz necessário uma distinção entre o fortuito interno e o fortuito externo. De acordo com o professor Pablo Stolze (2012), a diferença está no fato de que o fortuito interno incide durante o processo de elaboração do produto ou execução do serviço, não eximindo a responsabilidade civil do fornecedor, já o caso fortuito externo é alheio ou estranho ao processo de elaboração do produto ou execução do serviço, excluindo a responsabilidade civil.

O devedor não responde quando o dano é provocado pela própria vítima ou quando não poderia prever e evitar uma ocorrência avassaladora como um terremoto, rotulado de fortuito externo (fora da empresa). Responderá, contudo, quando o caso, que poderia ser caracterizado como fortuito, decorre da própria empresa ou ao modo com que realiza a atividade que desenvolve para obtenção de lucro.

Enquadrado o delito ou a fraude cometida por um terceiro como fortuito interno não isenta o banco de pagar o prejuízo porque, não está incluído o requisito da externalidade (estranha à atividade).

O professor de direito civil e desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ênio Santarelli Zuliani⁵, retratando sobre os casos de fortuito interno nas relações bancárias, cita alguns exemplos práticos:

Quando o sujeito descobre que seu cartão bancário foi clonado, ou que alguém com técnica criminoso conseguiu copiar os dados e obter a senha, criando um *chip* que engana o banco, o correntista não poderá sofrer o desfalque da liberação dos créditos e que surgem no extrato de sua fatura. O cliente não utilizou o cartão para compras ou pagamentos, tendo sido vítima de um criminoso

⁵ZULIANI, Ênio Santarelli. **Responsabilidade Civil dos Bancos diante da Súmula 479 do STJ**. Disp. em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161926,71043Responsabilidade+dos+bancos+diante+da+sumula+479+do+STJ>. Acesso em 02 de Nov. de 2015.

que, com sua habilidade, fraudou o sistema de segurança bancário e deu golpes. O banco responderá, na forma da súmula 479, por ser esse típico caso de fortuito interno, ou seja, decorrente da própria atividade e que cabia ao banco evitar. Da mesma forma, aqueles pobres trabalhadores aposentados que são vítimas do golpe do consignado, ou seja, de empréstimos liberados com facilidades devido ao fornecimento do número da conta bancária pela qual recebem os proventos e que são desviados por estelionatários que se beneficiam com os créditos liberados em suas próprias contas, um descuido inexplicável. Os aposentados sofrem os descontos mensais quando nada contrataram e, evidentemente, cuida-se de um fortuito interno. Os bancos enviam cartões e talonários de cheques e não raro há interceptação criminosa nesse iter, o que permite a ocorrência de golpes que prejudicam os titulares das contas. Trata-se de fortuito interno e cabe ao banco reparar os danos decorrentes da atividade insegura. (grifo nosso)

Carlos Roberto Gonçalves (2010) ao tratar sobre a responsabilidade civil dos bancos relacionada à fraude de cartões de crédito, compreende que há o fortuito interno e a responsabilidade civil objetiva do banco. Segundo o entendimento de Cavalieri (*apud* Gonçalves, 2010 p. 249), "Os mesmos princípios devem ser aplicados nos casos de compras fraudulentas e saques criminosos em caixas eletrônicos, tão comuns em nossos dias, realizados por quadrilhas especializadas em falsificações e desvio de cartões de crédito ou eletrônicos". Ele também ressalta que no regime do CDC, os riscos do negócio correm por conta do empreendedor - os bancos que exploram esse tipo de negócio - que, como vítimas do ilícito, devem suportar os prejuízos, de sorte que, constatada a fraude, o consumidor - titular da conta ou cartão - sequer deve ser molestado com qualquer tipo de cobrança.

Neste sentido, Cavalieri (2012, p. 446), sintetiza a questão relacionada à violação do sistema eletrônico:

Reconhecida a possibilidade de violação do sistema eletrônico e, tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, ocorrendo retirada de numerário da conta corrente do cliente, não reconhecida por este, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3 e §2 do art. 14 do CDC.

Assim diante do exposto, compreende-se pela aplicação da responsabilidade civil dos bancos nos casos de fraude envolvendo cartão e senha pessoal, configurando fortuito interno, diante do dever de segurança e do risco do negócio com a aplicação da teoria do empreendimento, só haverá a excludente no caso do banco provar (ônus seu) que houve culpa exclusiva do consumidor.

3.2 SEQUESTRO RELÂMPAGO DE CLIENTE FORA DA AGÊNCIA BANCÁRIA

Outro ponto importante, que precisa ser analisado, é quanto ao sequestro relâmpago de cliente fora da agência bancária.

A doutrina tem entendido que não haverá responsabilidade do banco por sequestro relâmpago de cliente fora da agência bancária, porque aí ocorre a externalidade que qualifica essa conduta criminosa como imprevisível e inevitável (fortuito externo). O cliente dominado e amedrontado fornece o cartão e dá a senha para o saque, coisa que o banco não poderia evitar. Diferente seria, no entanto, se o sequestro acontecesse dentro da própria agência, porque aí ocorreu falha do dever de vigilância que é inerente ao serviço.

Os bancos respondem pela atividade prestada com defeito ou que se realize com pontos vulneráveis para o patrimônio do consumidor, sendo exigido do sujeito que se serve de tais serviços deveres de cuidado com a própria segurança e com a posse dos cartões, talonários e senhas para operações eletrônicas.

Na decisão do Tribunal de São Paulo, foi mantida a sentença de improcedência em que a apelante afirma que foi vítima de sequestro relâmpago e obrigada a se dirigir a um dos caixas eletrônicos do banco réu para sacar a quantia de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) e entregar aos criminosos. Acrescentou que o valor em questão superava o limite para saque diário, que possuía a época. Afirma também que nunca teria contratado limite de crédito e que seu saldo era de R\$ 1.350,00, de modo que o banco não deveria ter autorizado um saque de R\$ 1.500,00. Aduz que a situação retratada condiz com o risco da lucrativa atividade desenvolvida pelo recorrido, de modo que presente o dever de indenizar. O Tribunal asseverou que o caso em tela trata de fortuito externo, o que exclui o nexo causal, não havendo a responsabilidade do banco.

APELAÇÃO - BANCÁRIO – INDENIZATÓRIA – SEQUESTRO RELÂMPAGO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Argumentos da autora que não convencem – Sequestro relâmpago – Saque de R\$ 1.500,00 - Autora abordada na rua – Fortuito Externo – Responsabilidade civil não caracterizada – Precedentes. SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

(TJ-SP, Relator: Sergio Gomes, Data de Julgamento: 04/08/2015, 37ª Câmara de Direito Privado).

A decisão do STJ quanto ao sequestro relâmpago ocorrido fora da agência bancária, tem se mantido firme nesse sentido, em que não há responsabilidade objetiva por parte da agência bancária, não é fato relacionado com os riscos inerentes à atividade explorada pelas instituições financeiras. Assim, não se trata de fortuito interno, mas de fortuito externo, posto que as instituições financeiras não têm o dever legal de impedir ou dificultar a ocorrência do evento em via pública, já que compete ao estado oferecer a adequada segurança aos cidadãos.

Na decisão do agravo contra o Banco do Brasil, o relator dispõe que “o sequestro relâmpago” ocorrido no exterior da agência bancária afasta qualquer relação de causalidade, impedindo que os funcionários do banco possam adotar qualquer conduta no ser tido de evitar a tragédia. Por outro lado em havendo disponibilidade de dinheiro em caixa, estão os funcionários impedidos de negar, ao cliente, acesso aos recursos que presentes em sua conta corrente.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SEQUESTRO RELÂMPAGO SOFRIDO FORA DA AGÊNCIA BANCÁRIA. ATO EXCLUSIVO DE TERCEIROS. EVENTO DANOSO. RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE DERRUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(STJ, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 08/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA).

O tema abordado neste tópico não é refém de grandes debates, pois as decisões têm tido o mesmo teor, em que sequestro ocorrido no exterior da agência afasta qualquer nexo de causalidade, ocorrendo o fortuito externo e a desnecessidade de responsabilização da instituição bancária.

3.3 PERDA DO CARTÃO BANCÁRIO E FORNECIMENTO DE SENHA A TERCEIRO.

O uso do cartão bancário, incluindo débito e crédito tem aumentado a cada ano que passa, em contrapartida, a utilização do cheque vem diminuindo. As operações com cartão de débito também tem superado aquelas realizadas com cartão de crédito, isto é o que observa o Banco Central em estatística divulgada no relatório anual de vigilância do Sistema de pagamento Brasileiro (2014, p. 9):

Em 2014, o crescimento das operações com cartão de débito foi praticamente igual à taxa média de crescimento verificada nos últimos seis anos, enquanto o aumento verificado nas operações com cartão de crédito foi inferior, consolidando a tendência, observada nos últimos anos, de que as operações com cartão de débito superem as operações com cartão de crédito à vista (em parcela única).

(...) O uso do cheque continua em queda (redução de 10% em 2014), principalmente para transações de baixo valor, resultando em aumento de 8% no valor médio por cheque, de R\$ 2.414 em 2014.

No relatório foi registrado também que no final de 2014, foram realizadas R\$ 593 bilhões em transações no cartão de crédito (+11%) e R\$ 348 bilhões em débito (+19%). Só os cartões de crédito ativos somavam mais de 85 milhões de unidades.

Com um número de cartões cada vez maior circulando, é impossível não pensar nos conflitos que isto pode ocasionar, mesmo porque estão diretamente ligados a movimentação financeira.

Assim, no caso de perda do cartão bancário, especialmente de débito, visto que, os de crédito envolvem outros fatores, não abordados aqui, a doutrina e a jurisprudência têm se posicionando no sentido de que por ser o cartão de uso pessoal, o correntista tem o dever de guarda. A senha é pessoal, não sendo do conhecimento da instituição, e de seus funcionários, se o titular passa o segredo para terceiro que não é funcionário da agência, cabe a ele arcar com os prejuízos que porventura ocorrerem. Sobre este tema, aborda Rizzardo (2012, p. 585):

Na hipótese, se o terceiro que se apropria do segredo não é funcionário da instituição, não lhe imputa qualquer responsabilidade pela apropriação de valores do correntista. Havendo a quebra de sigilo da senha privativa, arca o usuário com as decorrências, eis que evidente sua culpa exclusiva, revelando uma conduta imprudente e imprevidente.

Neste sentido também é o entendimento de Cavalieri (2012, p. 446), que entende que “O banco só não responderá por esses riscos se provar, ônus seu, que o evento decorreu de fato exclusivo da vítima ao fornecer indevidamente senha a terceiros etc. (CDC, art. 14, § 32)”. A excludente de responsabilidade, no entendimento doutrinário, de culpa exclusiva da vítima pode ser invocada, entretanto há a necessidade de prova por parte da instituição.

No caso, a culpa está adstrita à falta de cuidado e vigilância do correntista, que ao passar sua senha a estranhos está assumindo o risco. Há quebra no nexo causal, consequentemente, ocorre a excludente.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao decidir a apelação que versava sobre ação declaratória e indenizatória de empréstimo em autoatendimento em caixa eletrônico, asseverou que a ausência na guarda do cartão bancário, e respectiva senha, configura a culpa exclusiva do consumidor. Quanto à alegação de que o correntista, era "completamente analfabeto", ratificou que no momento em que aceitou o cartão bancário e criou a respectiva senha de segurança, acabou por aceitar os serviços da instituição.

APELAÇÃO AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA EMPRÉSTIMO EM AUTOATENDIMENTO EM CAIXA ELETRÔNICO AUSÊNCIA DE DILIGÊNCIA NA GUARDA DO CARTÃO BANCÁRIO E RESPECTIVA

SENHA 1. Na contratação de empréstimo por meio de autoatendimento em caixa eletrônico, **a ausência de diligência na guarda do cartão bancário, e respectiva senha, configura a culpa exclusiva do consumidor, na hipótese de eventual defeito do serviço prestado** 2. Ainda que o apelante declare ser "completamente analfabeto", no momento em que aceitou o cartão bancário e criou a respectiva senha de segurança, sem consignar qualquer ressalva para a Instituição Financeira, acabou por aceitar todos os serviços prestados por meio do referido cartão, inclusive a possibilidade de obtenção de empréstimos em conta corrente 3. O art. 5º da Instrução Normativa nº 28, do INSS, regula a operação de crédito consignado, não alcançando a existência ou a validade da obrigação em si, firmada entre o consumidor e a Instituição Financeira R. sentença mantida Recurso não provido. (TJ-SP, Relator: Roberto Mac Cracken, Data de Julgamento: 14/08/2014, 22ª Câmara de Direito Privado)

Também neste julgado em que, o apelante sustentou que teve seu cartão bancário furtado e, tão logo percebeu o fato, compareceu à instituição financeira demandada, onde foi informado que haviam sido realizados saques em sua conta corrente, no valor de R\$ 6.000,00, em diferentes datas, bem como houve a realização de um empréstimo, em seu nome, serviço jamais contratado ou autorizado. Afirmou que estava sendo cobrado por dívida que não contraiu, o que ocorrera por falha na prestação de serviço da parte apelada que, diante da insegurança de seu sistema, possibilitou a realização de saques e contratação de empréstimo por terceiro.

A apelada apresentou contrarrazões sustentando que é dever do titular da conta zelar pela guarda do cartão e, sobretudo, pela senha pessoal para movimentação da conta, não sendo exigível que a instituição monitore a autenticidade de todas as operações realizadas nos caixas eletrônicos das inúmeras unidades de atendimento que possui.

O tribunal entendeu que não configura responsabilidade da instituição financeira por falha na prestação do serviço, antes da comunicação do extravio /furto do cartão, e que inclusive, a instituição financeira forneceu cópia das imagens nos dias que ocorreram os saques.

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. SAQUES EM CONTA CORRENTE E CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO EM CAIXA ELETRÔNICO. UTILIZAÇÃO DO CARTÃO MAGNÉTICO E SENHA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. A responsabilidade pela guarda do cartão magnético e senha é do correntista, não podendo ser atribuída à instituição financeira falha na prestação do serviço pela utilização de tais mecanismos por terceiros antes que o extravio/furto lhe seja comunicado. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70063605497, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cairo Roberto Rodrigues Madruga, Julgado em 27/05/2015). (TJ-RS, Relator: Cairo Roberto Rodrigues Madruga, Data de Julgamento: 27/05/2015, Vigésima Quarta Câmara Cível).

Neste caso, entretanto em que ocorre também a utilização do cartão e senha por terceiro, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, em sede de Recurso Inominado favoravelmente as correntistas, afirmando pela Responsabilidade Objetiva da Instituição bancária. Ocorre que, na ação indenizatória movida pelas autoras em razão de um saque indevido de R\$ 1.000,00 na conta corrente conjunta mantida. As correntistas relataram que após formalizarem reclamação, a requerida teria estornado o valor de R\$ 1.000,00, entretanto, o estorno foi cancelado.

Na contestação a parte ré alegou que o saque feito mediante cartão de chip e senha é inteiramente de responsabilidade do correntista e que não houve falha na prestação de serviço por parte do banco. Afirmou que o saque foi realizado em um caixa eletrônico perto da casa das autoras.

A turma recursal entendeu por reforçar que “ainda que o cartão da autora possuísse chip, este foi furtado, tendo o furto sido comunicado ao banco no mesmo dia, porém em horário no qual já havia sido realizado o saque. Considerando que a automação bancária, a despeito de facilitar a vida do cliente bancário, tem sido incrementada especialmente para a diminuição de custos das instituições financeiras, devem elas também suportar o risco delas decorrentes, especialmente na hipótese de uso do cartão por terceiros”. A turma também frisou a respeito da necessidade de que os bancos poderiam adotar outras formas mais seguras de identificação de seus clientes, como, por exemplo, a biométrica, que evitariam quase todas as fraudes.

RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SAQUE IRREGULAR EM CONTA CORRENTE. CORRENTISTAS QUE DESCONHECEM A OPERAÇÃO. SAQUE REALIZADO EM CAIXA ELETRÔNICO. USO DE CARTÃO DE CHIP E SENHA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. PRECEDENTES DAS TURMAS RECURSAIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 479 DO STJ. RISCO DA ATIVIDADE. RESTITUIÇÃO DEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005656301, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: José Ricardo de Bem Sanhudo, Julgado em 01/10/2015).
(TJ-RS, Relator: José Ricardo de Bem Sanhudo, Data de Julgamento: 01/10/2015, Primeira Turma Recursal Cível).

Neste outro caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu pela culpa recíproca, mesmo que comprovado que o correntista ao solicitar ajuda repassou o cartão e a senha a terceiro. Na visão do magistrado houve falha sim do correntista, mas o banco também falhou no dever de segurança ao “não disponibilizar suporte pessoal e adequado a pessoas simples e a idosos vulneráveis, permitindo a realização de empréstimo por meliantes”.

CONTRATO. EMPRÉSTIMO. CARTÃO E SENHA PESSOAL. DEVER DE GUARDA. CULPA RECÍPROCA. DANO MORAL. 1. Não incorre em cerceamento de defesa o julgamento imediato da lide que prescinde da realização de provas, porquanto madura a causa. Cerceamento de defesa não caracterizado. 2. O contrato de empréstimo consignado realizado via terminal eletrônico não traz segurança suficiente ao cliente, mormente em se cuidando de consumidor idoso, com vulnerabilidade agravada. Peca a instituição financeira em disponibilizar em terminal eletrônico toda gama de contratação, mesmo conhecedor das condições de cada cliente. Peca a instituição financeira em não disponibilizar suporte pessoal e adequado a pessoas simples e a idosos vulneráveis, permitindo a realização de empréstimo por meliantes. 3. Apesar da vulnerabilidade agravada, o consumidor não pode agir de forma insegura e irresponsável no manuseio de seu cartão e senha pessoais. Tendo o autor confessado que precisou de ajuda e se utilizou dos préstimos de um vizinho, não se afasta sua culpa no evento danoso. Quanto ao empréstimo, então, há culpa concorrente da vítima e da instituição financeira, ao não exigir maiores garantias na contratação via terminal eletrônico e não disponibilizar assessoria pessoal de funcionário a pessoas com discernimento comprometido. 4. Diante da culpa concorrente do autor quanto aos empréstimos, afasta-se arbitramento de valores por dano moral. 5. Recurso parcialmente provido.

(TJ-SP - APL: 00062484120098260236 SP 0006248-41.2009.8.26.0236, Relator: Melo Colombi, Data de Julgamento: 17/04/2013, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/04/2013).

Na decisão do STJ, no recurso especial interposto pelo Banco do Brasil contra o Tribunal da Paraíba, foi reformada a decisão do tribunal que acatou a responsabilidade do banco, no caso de entrega de cartão e senha a terceiro, prevalecendo o entendimento da responsabilidade por parte do correntista.

A sentença que condenou o banco se pautou no argumento que “no local dos caixas eletrônicos havia seguranças devidamente indumentados”, logo, poderiam atuar no sentido de retirar daquele ambiente qualquer pessoa estranha que procurasse auxiliar os correntistas, ou ao menos, advertir verbalmente os correntistas a não receberem ajuda de estranhos. Informou também “que existem pessoas autorizadas pelo banco a auxiliar nos terminais eletrônicos sem a vestimenta própria, porém portando crachás”, o que denota que uma pessoa bem vestida, como in casu, poderia facilmente confundir o consumidor, que não se ateria a observar se portava crachá. Destarte, entendeu que poderia ser aceita a tese de “culpa exclusiva da vítima”, se o fato ocorresse fora do estabelecimento bancário ou se o consumidor, advertido, tivesse insistido em ser auxiliado por estranho, como muitas vezes acontece quando se faz acompanhar de parentes ou ainda, se única e exclusivamente, fosse estabelecido um fardamento próprio para os atendentes nos caixas eletrônicos.

O STJ entendeu que apesar de alegada a circunstância de terem os fraudadores se identificado como funcionários do banco, tal fato não exime a responsabilidade do correntista na vigilância de seu cartão. Retrato que é sabido, nestes tempos em que mencionadas fraudes se tornam cada vez mais comuns, que esses indivíduos de má-fé se utilizam de todo e

qualquer tipo de artifício para ludibriar a vítima e ter acesso aos seus dados, cabendo ao correntista zelar pela vigilância de seu cartão e sigilo de sua senha.

Ademais, o próprio recorrido afirma, em sua inicial, que somente tomou conhecimento de que o cartão que portava não era o seu, dez dias após o ocorrido, inviabilizando, assim, a tomada de eventuais providências pelo banco no sentido de impedir os saques fraudulentos, o que torna mais evidente sua conduta negligente. Desse modo, tendo havido saques indevidos, porém com o uso do documento magnético e da senha pessoal do correntista, por ele mesmo fornecida, a hipótese incorre na causa excludente de responsabilidade estabelecida pelo parágrafo 3º do artigo 14 do CDC, qual seja, culpa exclusiva da vítima, exonerando o banco de qualquer responsabilidade pelo ocorrido.

Reforçou ainda que solução diversa inviabilizaria as movimentações bancárias por meio eletrônico, uma vez que imporia às instituições financeiras a certificação da idoneidade do agente promovente, bem como a sua legitimidade para o ato, em cada transação por meio de cartão magnético, circunstâncias impossíveis de serem atendidas, tendo em vista o estágio social e tecnológico hodierno. Ademais, a cessão do cartão magnético com a respectiva senha é ato, indubitavelmente, impregnado de risco o qual não pode ser transferido ao banco, pois este, ao firmar contrato com os seus clientes, não o assume e a lei não lhe impõe.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.022.705 - PB (2008/0009779-7) RELATOR: MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) RECORRENTE: BANCO DO BRASIL S/A ADVOGADOS: MAGDA MONTENEGRO E OUTRO (S) JOSÉ WALTER LINS DE ALBUQUERQUE E OUTRO (S) RECORRIDO: FREDNEI JOSÉ PAULINO GOMES PEREIRA ADVOGADA: GERMANA CAMURÇA MORAES E OUTRO (S) DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pelo BANCO DO BRASIL S/A, com arrimo na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.
(STJ - Resp: 1022705 Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Publicação: DJ 09/11/2010).

No caso de transmissão de cartão e senha a terceiros, acompanha este posicionamento, Rizzardo (2007, p. 585), ao reforçar que “não cabe forçar uma interpretação com base na responsabilidade objetiva, ou no risco-proveito, para estender ou impor ao banco a participação em suportar os danos, concebendo a culpa concorrente”.

Enfim, diante dos casos apresentados observa-se, que as decisões quanto ao assunto, ainda não estão uniformizadas, requerendo em cada caso uma análise dos detalhes que envolvem. Entretanto, alguns apontamentos podem ser feito.

Primeiramente, é importante observar que prevalece o entendimento de que o uso do cartão e senha é pessoal e intransferível, devendo o correntista zelar por sua guarda, pois ao passar para terceiro, e havendo algum prejuízo, incorrerá na quebra do nexo causal com a instituição financeira, diante da culpa exclusiva da vítima.

Segundo, ao ocorrer o infortúnio de cair em algum golpe, deve o correntista imediatamente comunicar a agência, afim de que medidas possam ser tomadas, e dependendo da tomada de decisão ou não da instituição, quanto ao bloqueio das transações com aquele cartão, ela poderá ser responsabilizada por falha no serviço. Se o prejuízo ocorrer antes de avisada a instituição, pode incorrer na excludente de culpa exclusiva da vítima.

Terceiro, e bem mais raro, é que não ficou descartado o caso em que pode ser identificado culpa recíproca, em que ambos respondem correntista e banco.

Por último, vale destacar a decisão do STJ, que entende não ser possível a transferência da responsabilidade pelo uso do cartão e da senha, quando há falta de cuidado pelo correntista, em tempos de muitas fraudes, o cuidado deve ser redobrado, devendo o consumidor arcar com prejuízo no caso específico de perda de cartão e entrega de senha a terceiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema discorrido ao longo deste trabalho sobre a responsabilidade civil das instituições bancárias frente ao uso do cartão bancário e da senha pessoal, como se viu é de grande importância prática.

Os bancos, de forma geral, exercem relevante papel na disponibilização do crédito em benefício do desenvolvimento econômico. Com o objetivo de ampliar a clientela, modernamente, não se limitam a receber em depósito, capitais de terceiros e realizar empréstimos, mas diversificam mais e mais seus serviços, quando fazem o pagamento de milhões de empregados, servidores, aposentados e pensionistas, recebimento de impostos, contas de serviços públicos, sem falar no incentivo que fornecem a indústria, o comércio, a agricultura e a pecuária.

No processo de modernização, os bancos passaram por várias fases e vem investindo constantemente no setor, contou com um crescimento mais acentuado do uso dos cartões a partir de 1.995, principalmente após o Plano Real e a estabilização da economia. Em 2014, constatou-se uma queda no uso do cheque e aumento no uso do cartão eletrônico, sendo que no mesmo ano, somente o número de cartões de crédito ativos somavam mais de 85 milhões de unidades.

Entretanto, mesmo com grandes investimentos em tecnologia, uma quantidade imensa de ações judiciais tem chegado ao judiciário, a fim de avaliar a responsabilidade civil bancária.

No âmbito da responsabilidade relacionada aos cartões e senha pessoal, as reclamações versam sobre a fraude no uso dos cartões, como clonagem, contratação de empréstimos por outra pessoa, saque na conta, furto do cartão e da senha através da entrega dos mesmos a terceiro, sequestro fora da agência com a entrega de cartão e senha, dentre outras.

Observou-se, também, que apesar da importância do tema, não há regramentos específicos sobre essas questões levantadas, mas constatou-se que, a responsabilidade civil das instituições bancárias é objetiva. Apesar de já ter sido alvo de especulação, não há dúvidas de que sofre a incidência da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor através do evidente artigo 3º, § 2º, que dispõe “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, **inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária**” e da Súmula nº 297 do STJ que ratifica “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Com a aplicação do CDC nas relações bancárias, o consumidor obtém vantagens significativas na relação de consumo. Verifica-se, a incidência da responsabilidade objetiva, em que a instituição será responsabilizada independentemente de culpa, e a inversão do ônus da prova. Com a inversão procura-se restabelecer a igualdade e o equilíbrio na relação processual em razão do fornecedor, geralmente dispor de melhores condições técnicas e econômicas para a disputa judicial. Nas relações bancárias este dois pontos favorecem o correntista, que sempre será a parte vulnerável, seja informacional, técnica, jurídica, ou socioeconômica.

Assim, após a análise doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade civil das instituições bancárias no uso do cartão bancário e senha pessoal, tem-se a ocorrência de alguns casos reincidentes e importantes, dos quais, se podem extrair as seguintes conclusões.

Os casos de violação do sistema/fraudes são a cada dia mais recorrentes. Os fraudadores atuam tanto subtraindo valores das contas, por meio do *hacqueio* das senhas, ou mesmo na clonagem de cartões. A Súmula 479 do Superior tribunal de Justiça, que dispõem “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”, veio para pacificar os entendimentos.

A observação que se faz é que apenas o fortuito interno irá configurar a responsabilização por parte da instituição bancária. O dever de segurança diante da teoria do empreendimento faz com que os bancos respondam pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, que neste caso não podem arcar com os riscos dos negócios. Entretanto poderá haver a excludente da responsabilidade, no caso do banco provar, com ônus seu, que houve culpa exclusiva do consumidor.

Ao contrário do que foi entendido anteriormente, na questão relacionada ao sequestro relâmpago de cliente fora da agência bancária o entendimento por parte da doutrina é que não haverá responsabilidade do banco, porque aí ocorre a externalidade que

qualifica essa conduta criminosa como imprevisível e inevitável, o fortuito externo. A explicação é que o banco, não tem o dever legal de impedir ou dificultar a ocorrência do evento fora da agência, que configura fortuito externo.

O último ponto a ser considerado é sobre a perda de cartão e fornecimento de senha a terceiro. E neste ponto vale destacar que as decisões quanto ao assunto, ainda não estão pacificadas. Cada caso deverá ser analisado pormenorizadamente. Mas prevalece o entendimento que o uso do cartão e senha é pessoal e intransferível, devendo o correntista zelar por sua guarda, pois ao passar para terceiro, e havendo algum prejuízo, incorrerá na quebra do nexo causal com a instituição financeira, diante da culpa exclusiva da vítima.

A comunicação à agência, no caso de furto deve ser instantânea, afim de que medidas possam ser tomadas, sob o risco ser responsabilizada a agência por falha no serviço ou haver a configuração da culpa exclusiva da vítima.

Embora, haja também divergências neste sentido, há decisões em que foram identificadas culpa recíproca, em que ambos respondem, correntista e banco.

Por último, vale destacar a decisão do STJ, que entende não ser possível a transferência da responsabilidade pelo uso do cartão e da senha, quando há falta de cuidado pelo correntista, em tempos de muitas fraudes, o cuidado deve ser redobrado, devendo o consumidor arcar com prejuízo no caso específico de perda de cartão e entrega de senha a terceiro.

Finalizando este trabalho vale citar a ideia adotada por Cavalieri⁶ em seu artigo sobre a Responsabilidade Civil das Instituições Bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros, em que menciona ao referir-se a crise internacional, que a crise que era das empresas e dos bancos transformou-se na crise dos governos. Segundo o doutrinador, os bancos não podem ser poupados quanto aos riscos inerentes as suas atividades, e por isso a coerente aplicação do dever especial de segurança. A fraude/ violação do sistema eletrônico evidencia a falha no serviço gerando o dever de indenizar. Entretanto, em relação à perda do cartão ou mesmo a transferência da senha a terceiro, o STJ tem se pronunciado pela responsabilidade do correntista, pelo dever de guarda, evidenciado ser inviável a transferência da responsabilidade aos bancos.

⁶FILHO, Sérgio Cavalieri. Artigo: **Responsabilidade Civil das Instituições Bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros.** Disponível em <http://sergiocavalieri.com.br/administrativo/artigos/imagens/RESPONSABILIDADE%20BANCA%CC%81RIA%202.pdf>. Acesso em Nov. 2015.

Assim diante da explanação, ainda vale ressaltar que cada caso precisa ser analisado nos seus pormenores para a verificação da responsabilidade.

Em uma sociedade que está em constante evolução tecnológica, principalmente na questão afeta ao âmbito financeiro, a compreensão da incidência do CDC nas atividades bancárias faz-se imprescindível, mas há responsabilidades para ambas as partes, o consumidor com o dever de guarda e cuidado na realização das transações bancárias e o banco com o dever de segurança, primando pelo aperfeiçoamento de seus sistemas de segurança, a fim de evitar fraudes e prejuízos a ele e a seus respectivos correntistas, sob pena de responder objetivamente.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT. 2012.

BRAGA, Newton C. **Como funcionam os Smart Cards**. Disponível em: <<http://www.newtoncbraga.com.br/index.php/como-funciona/4013-art545>>. Acesso em 12/02/2016.

BRITO, Eduardo César Vasconcelos. **Teorias e espécies de responsabilidade civil: subjetiva, objetiva, pré-contratual, contratual, pós-contratual e extracontratual**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47066&seo=1>>. Acesso em: 28 out. 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil, Volume 2: Obrigações/ Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. VII.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Artigo: **Responsabilidade Civil das Instituições Bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros**. Disponível em <http://sergiocavalieri.com.br/administrativo/artigos/imagens/RESPONSABILIDADE%20BANCA%20CC%81RIA%202.pdf>. Acesso em Nov. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 3: Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 4: Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 3: Contratos e atos unilaterais**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KÖHLER, Etiane Barbi. **Direito bancário**. 1 ed. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2012.

LEITE, Gisele. **As excludentes da responsabilidade civil brasileira**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10778>. Acesso em out 2015.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARIA, Clarissa Boraschi (Org.). **Vade mecum OAB e concursos**. 4ª ed. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. 2178 p. ISBN 978-85-02-22686-9.

MORAES, Rosélia Pereira de. **Cartão de crédito e alguns aspectos polêmicos**. Gravataí, 2004. p.16. Monografia de Conclusão de Curso de Direito apresentada a Universidade Luterana do Brasil do Rio Grande do Sul, 2004.

OLIVEIRA, Luiz Gustavo Caratti de. **Responsabilidade civil dos bancos nos casos de fraudes pela internet que lesam as contas de seus clientes**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9110>. Acesso em dez 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituto de Direito Civil. Volume III**. 12º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em out 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **REsp: 1022705**, Recorrente: Banco do Brasil S. A, Recorrido: Frednei José Paulino Gomes Pereira Relator: Ministro Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJ/RS), Data de Publicação: DJ 09/11/2010). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17087435/peticao-de-recurso-especial-resp-1022705/decisao-monocratica-103629881>> acesso em Nov. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 103.533 - RJ (20120006081-5)**. Agravante: Alberto Leandro Pereira e Outro. Agravado: Banco do Brasil S/A. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 08/10/2013, T3 - Terceira Turma. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24349511/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-103533-rj-2012-0006081-5-stj/inteiro-teor-24349512>> acesso em Out. 2015.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual** – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **APL 1040178-93.2014.8.26.0224**. Apelante: Ana dos Santos Oliveira. Apelado: Banco Santander Brasil S/A. Relator: Sergio Gomes, Data de Julgamento: 04/08/2015, 37ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/217223383/apelacao-apl-10401789320148260224-sp-1040178-9320148260224/inteiro-teor-217223404>>. Acesso em Out. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **APL nº 1002542-72.2014.8.26.0037**. Apelante: Josias Marques Ferreira. Apelado: Banco Mercantil do Brasil S/A. Relator: Roberto Mac Cracken, Data de Julgamento: 14/08/2014, 22ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136302684/apelacao-apl-10025427220148260037-sp-1002542-7220148260037/inteiro-teor-136302694>> Acesso em Out. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - **APL: 00062484120098260236 SP 0006248-41.2009.8.26.0236**. Apelante: Euclides Pierobon, Apelado: Banco Santander Brasil S/A. Relator: Melo Colombi, Data de Julgamento: 17/04/2013, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/04/2013. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114277489/apelacao-apl-62484120098260236-sp-0006248-4120098260236>> acesso em Out. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL - **APC: 20150510013574**, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 07/10/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/10/2015 . Pág.: 165. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/243157485/apelacao-civel-apc-20150510013574>> Acesso em Out. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO - **APL: 0215702015 MA 0002105-83.2014.8.10.0040**. Apelante: Banco BMG S/A, Apelada: Francisca Dias da Silva, Relator:

Ricardo Tadeu Bugarin Duailibe, Data de Julgamento: 05/10/2015, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 13/10/2015. Disponível em:
< <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/242769709/apelacao-apl-215702015-ma-0002105-8320148100040/inteiro-teor-242769711>> Acesso em Out. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Recurso Cível: 71004660106 RS.** Recorrente: Amaro Gome Peres Sobrinho. Recorrido: Itaú Unibanco S. A. Relator: Pedro Luiz Pozza, Data de Julgamento: 27/05/2014, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/06/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122791442/recurso-civel-71004660106-rs>> acesso em Out. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Recurso Inominado nº 71005261524 RS.** Recorrente: Banco Itaú S. A., Recorrido: Aline Fabiola Ramos Fonseca. Relator: Glaucia Dipp Dreher, Data de Julgamento: 24/04/2015, Quarta Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/04/2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184266440/recurso-civel-71005261524-rs>> acesso em Out. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **APL: 70063605497.** Apelante: Adão José Heger. Apelado: Coop. de Cred. de livre Adm. de Assoc. do Vale do Rio Pardo – SICR. Relator: Cairo Roberto Rodrigues Madruga, Data de Julgamento: 27/05/2015, Vigésima Quarta Câmara Cível. Disponível em:
<<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/193129642/apelacao-civel-ac-70063605497-rs/inteiro-teor-193129654>> acesso em Out. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Recurso Cível-7100565630.** Recorrente: Banco Itaú Unibanco S/A. Recorridos: Ana Elisa Veronese Arpini e Ilza Diles Petronilla Ramella. Relator: José Ricardo de Bem Sanhudo, Data de Julgamento: 01/10/2015, Primeira Turma Recursal Cível. Disponível em:
<<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/239871458/recurso-civel-71005656301-rs/inteiro-teor-239871471>> acesso em Out. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 7º ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENTURA, Luís Henrique. **Comércio e contratos eletrônicos: aspectos jurídicos.** 2 ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2010.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Responsabilidade Civil dos Bancos diante da Súmula 479 do STJ.** In: Informativo Migalhas, 16 de Agosto de 2012. Disponível em:
<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161926,71043Responsabilidade+dos+bancos+diante+da+sumula+479+do+STJ>. Acesso em 02 de Nov. de 2015.

OBRAS CONSULTADAS

ALBUQUERQUE, J. B. Torres. **Contra abuso dos bancos**. 5 ed. São Paulo: Habermam, 2010.

BANCO DO BRASIL. **Acesso a informação – Segurança**. Disponível em <<http://www.bb.com.br/portalbb/page251,105,5556,0,0,1,1.bb?codigoNoticia=2613&codigoMenu=572>> acesso em: 30 Out. de 2015.

BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. **Direito & Redes sociais na internet**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2014.

CÂNDIDO, Fabiano. **Bancos perdem 3,1 bi com fraudes eletrônicas**. In: Revista Exame, 17 de março de 2013. Disponível em < <http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/bancos-perdem-r-3-1-bi-com-fraudes-eletronicas>> Acesso em 30/10/2015.

FEBRABAN - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Dicas para os clientes**. Disponível em: <<https://www.febraban.org.br/Arquivo/Servicos/Dicasclientes/dicas4.asp>> acesso em 30 de Out. de 2015.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 7ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade Civil: dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Geraldo Magela. **Manual Prático dos Contratos (administrativos, agrários, bancários, civis, comerciais, desportivos, industriais, marítimos): doutrina, legislação, jurisprudência, formulários**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOUZALAS, Rinaldo. **Processo Civil**. Volume único. 7 ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

NUNES. Luiz Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 1: Teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento**. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.